Beiträge zur Lehre
von den
quasipossessorischen Interdikten

Inaugural-Dissertation
der hohen
Juristenfakultät der Universität Tübingen
zur Erlangung des Doktorgrades

vorgelegt von

Wilhelm Wendler
Rechtsanwalt und K. imm. Notar zu Heilbronn a. N.

Tübingen 1899
Druck von Heinrich Laupp jr.

Beiträge zur Lehre

von den

quasipossessorischen Interdikten

Inaugural-Dissertation

der hohen

Juristenfakultät der Universität Tübingen

zur Erlangung des Doktorgrades

vorgelegt von

Wilhelm Wendler

Rechtsanwalt und K. imm. Notar zu Heilbronn a. N.

Tübingen 1899

Druck von Heinrich Laupp jr.

Den Manen

meines teuren Lehrers

Julius Amann

in dankbarem Gedenken

gewidmet.

I.

Ueber das Erfordernis der 30tägigen Rechtsausübung bei dem interdictum de itinere actuque privato.

Fr. 1 § 2 D de itinere actuque privato (Ulpianus):

„Sive igitur habuit jus viae sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus“

ist früher stets so ausgelegt worden, daß der Kläger die Ausübung des Wegerechts an 30 verschiedenen Tagen des letzten Jahres — von der Klageanstellung zurückgerechnet — beweisen müsse [1]).

Gegen diese Auslegung hat sich erstmals Althof in seinem Schriftchen: „Das interdictum de itinere actuque privato, Rinteln 1836“ gewandt. Er übersetzt nämlich die Worte:

„si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus“

so:

„Falls er nur (den Weg) innerhalb eines (des letzten) Jahres oder innerhalb einer mäßigen Zeit d. h. innerhalb nicht weniger als 30 Tagen gebraucht hat.“

So die Worte verstanden, verlange das „Gesetz“ nicht, daß der Weg gerade an 30 Tagen benutzt sein müsse, sondern nur, daß Anfang und Ende seines Gebrauchs ein modicum tempus, nämlich 30 Tage einschließen. In welchem Maße der Zwischenraum, das tempus intermedium zwischen dem ersten und dem 30. Gebrauchstage durch stattgehabte Benützung des Weges aus-

1) Vgl. die ältere Litteratur bei Althof, das interdictum de itinere actuque privato S. 34 u. 35.

gefüllt sein müsse, darüber schreibe das Gesetz nichts vor, überlasse vielmehr im einzelnen Falle dem Richter die Prüfung der Sache nach seinem vernünftigen Ermessen. Lege man diesen Wortsinn zu Grunde, so falle „Alles Pedantische und Steife und Alles Widersprechende und Ungereimte“ zwischen Sache und Vorschrift, sowie manche Schwierigkeit in der Erklärung einzelner Stellen dieses Pandektentitels gänzlich hinweg, dem Richter sei dann ein richtiger sachgemäßer Maßstab zur Beurteilung des jedesmal vorliegenden Falles gegeben und er bleibe nicht mehr der Absurdität ausgesetzt, daß er — wenn z. B. von dem Interdiktskläger bewiesen worden wäre, er habe den in Frage stehenden Weg während des Jahres, so oft nur immer die Umstände es erfordern, also etwa gleich zu Anfang des Jahres, dann von 3 zu 3 Monaten und zuletzt gegen das Ende des Jahres jedesmal an mehreren Tagen nec vi, nec clam, nec precario benutzt — nun dennoch den Kläger interdiktlich nicht schätzen dürfe, weil das ungünstige Geschick nun einmal nicht gewollt, daß gerade 30 Tage herauskommen, vielmehr das Zusammenzählen der erwiesenen einzelnen Tage die Gesamtsumme von gerade nur 29 Tagen ergebe.

Althof geht davon aus, daß der Kläger eigentlich nachweisen müßte, daß er das ganze Interdiktsjahr hindurch im Gebrauch des Wegerechts gewesen sei, es sei ihm jedoch aus Billigkeit nachgelassen, nur den Gebrauch während eines 30tägigen Zeitraums in den Grenzen des Interdiktsjahres nachzuweisen, selbstverständlich sei er aber nicht gehindert, seinem Beweise statt einer einmonatlichen eine 2-, 3-, 4- bis 12monatliche Gebrauchsdauer unterzulegen. S. 1 ff. S. 29 l. c.

Den Hauptgrund für seine Auslegung findet Althof darin, daß zwischen der Anzahl von Gebrauchstagen auf der einen und dem gewöhnlichen ökonomischen Bedürfnis der Wege auf der anderen Seite nach der herrschenden Auffassung gar kein irgendwie paßliches Verhältnis bestünde. Für den gewöhnlichen landwirtschaftlichen Betrieb werden fast nie im nämlichen Jahr 30 einzelne Fuhren zu ein und demselben Acker, geschweige denn Fuhren sogar an 30 Tagen erforderlich werden können. S. 5 l. c. Das Erfordernis der 30tägigen Ausübung habe zur Folge, daß die gewöhn-

lichen und meisten Wegeservituten deshalb schutzlos seien, weil die Ausübung ihrer Natur nach nicht 30 Tage in Anspruch nehme und bei denjenigen Wegeservituten, bei welchen ihrer Natur nach ein 30- oder mehrtägiger Gebrauch vorkomme, sei der Beweis einer so umfangreichen Ausübung, zumal derselbe in der Regel nur durch Zeugen geführt werden könne, äußerst schwierig. S. 6 l. c. Auch sei auffällig, daß der „Gesetzgeber" gerade nur die Anzahl der Gebrauchs**tage**, nicht auch die Anzahl der Gebrauchs**handlungen** sollte ins Auge gefaßt haben. S. 3 l. c.

In grammatikalischer Beziehung erinnert **Althof** daran, daß das Wort „tempus" — gleichwie sonst in Verbindung mit den Wörtern longum, legitimum, statutum, immemoriale — nur für den Begriff „**Zeitraum**" genommen werde; 30 in einem Jahr zerstreut vorkommende Tage, z. B. 30 Sonntage für sich und getrennt von den übrigen dazwischen liegenden Tagen, pflege man niemals einen **Zeitraum** zu nennen, sondern sie bilden ausschließlich nur eine **Anzahl Tage**. Darauf, daß unter dem tempus modicum nur ein dreißigtägiger Zeitraum oder eine Monatsdauer verstanden werden könne, weise auch fr. 1 § 12 D. h. t. — „supradicto tempore anni" hin, welche Worte sich nur von einem, dem annus gegenüberstehenden geringeren, jedoch wie der annus selbst in zwei bestimmte Zeitpunkte eingeschlossenen Zeitraum verstehen. Wenn ferner die Worte: „triginta diebus" hätten, was man im Deutschen unter: „an 30 Tagen" verstehe, heißen sollen, so würde ohne allen Zweifel statt des ganzen Satzes: si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus" und zwar kürzer und besser gesagt worden sein:

„si modo anno usus est non minus quam triginta diebus".

Dies im Wesentlichen die Ansicht **Althofs**.

Die **Althof**'sche Auslegung wird hauptsächlich von **Vangerow**, Lehrbuch der Pandekten VII. Aufl. § 355 Anm. 1 geteilt, nur daß dieser das „vel" nicht mit „oder" sondern mit „mindestens" wiedergeben will. Seine Uebersetzung der Worte:

„si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus"

lautet demgemäß:

„Zu dem interdictum de itinere ist man berechtigt, wenn man nur im letzten Jahre wenigstens während eines mäßigen Zeitraums, also mindestens während 30 Tagen die Wegegerechtigkeit ausgeübt hat".

Hienach sei dann durchaus nicht nötig, daß man gerade an 30 verschiedenen Tagen die Servitut ausübte, sondern es werde nur gefordert, daß mehrere dergleichen Handlungen in der Art vorgekommen seien, daß die erste und letzte mindestens einen Zeitraum von 30 Tagen entfernt seien. So können möglicherweise schon zwei Handlungen genügen, wenn nur die Zwischenzeit wenigstens einen Monat betrage[1]). Auch Vangerow ist der Ansicht, daß für diese Erklärung die Schlußworte des cit. § 2 und insbesondere fr. 1 § 12 D. eod: „supradicto tempore anni“ sprechen und daß namentlich die letztere Stelle nur unter dieser Voraussetzung ungezwungen erklärt werden könne. Das entscheidende Argument für diese Erklärung findet Vangerow aber darin, daß nach der herrschenden Theorie nicht nur der Beweis für ein possessorisches Rechtsmittel als viel zu schwierig erscheine, sondern daß auch in den bei weitem meisten Fällen — namentlich bei der Fahrgerechtigkeit — das Bedürfnis des herrschenden Guts gar nicht eine Ausübung der Servitut an 30 verschiedenen Tagen erheische und so der Berechtigte gezwungen wäre, ganz überflüssige Besitzhandlungen vorzunehmen, bloß um sich das interdictum de itinere zu sichern!

Der Auslegung Althofs mit der Abweichung, daß das „vel“ nicht mit „oder", sondern mit „wenigstens" wiederzugeben sei, stimmen zu: Hoffmann E., die Lehre von den Servituten nach

1) Hier ist anzumerken, daß Vangerow und mit ihm auch Savigny und die meisten anderen Schriftsteller über diesen Gegenstand die Ansicht Althofs nicht richtig verstanden haben; denn dieser sagt nicht, daß möglicherweise zwei Handlungen genügen, wenn nur die Zwischenzeit wenigstens einen Monat betrage, sondern daß Anfang und Ende des Gebrauchs ein modicum tempus, nämlich 30 Tage einschließen, daß aber dieses tempus intermedium durch stattgehabte Benutzung des Weges ausgefüllt sein müsse und daß über das Maß dieser Ausfüllung das richterliche Ermessen entscheide.

röm. Recht (1854, 1856) Bd. II S. 267 ff.; v. Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Civilrechts Bd. II S. 59; Brinz, Pandekten II. Auflage Bd. I § 201 Note 5.

Brinz ist der Ansicht, das interdictum de itinere erfordere nicht gerade gegenwärtigen Besitz, sondern nur so viel, daß der Kläger oder sein Autor im Jahre vor dem Interdikt das Wegerecht „genüglich“ in eigener Person oder durch Dritte weder mit Vergewaltigung, noch im Rücken, noch auf widerrufliche Gewähr des Gegners oder seines Autors „selbstherrlich“ geübt habe. Einen Grund, weshalb das Erfordernis der 30tägigen Ausübung nicht zu beachten sei, giebt Brinz übrigens nicht an[1]).

Alle übrigen Schriftsteller sprechen sich gegen die Althof-Vangerow'sche Ansicht aus. So vor allem Savigny, das Recht des Besitzes, 7. Aufl. S. 485, der auf das Bestimmteste verlangt, daß derjenige, der das Interdikt gebrauchen wolle, das Wegerecht in dem verflossenen Jahre (von der Klage an gerechnet) wenigstens an 30 verschiedenen Tagen ausgeübt haben müsse. Die Ansicht Althofs giebt Savigny, offenbar im Anschluß an Vangerow, so wieder, als verlange derselbe mehrmaligen Gebrauch, jedoch so, daß die Gebrauchsakte wenigstens einen Monat einschließen. „Also 29 Tage hinter einander wären unzureichend, 2 Tage aber, die 3 Monate auseinander liegen, hinreichend“. Hätte man das gewollt, so wäre es gewiß besser gewesen, gar keine Zahl anzugeben. Gegen den Hauptgrund Althofs, daß man nicht leicht an 30 Tagen im Jahr auf einen Acker fahren werde, wendet Savigny ein, es werde ja nicht verlangt, daß an jedem Tage alle Gebrauchsarten vereinigt waren; wer also beweise, daß er an 10 Tagen ging, an 10 ritt, an 10 fuhr, der habe dem Interdikt auch für die servitus actus genügt!

An Savigny schließen sich die meisten anderen Schriftsteller

---

1) Vgl. übrigens Brinz, Pandekten I. Aufl. Bd. 1 S. 89: „als gegenwärtiger Besitz wird erachtet ein usus, der noch im letzten Jahre vom dies Interdicti an vor sich gegangen: wenn auch nur modico tempore, id est non minus quam triginta diebus, was Einige so interpretieren, daß allenfalls auch zwei Tage genügen. — Vangerow § 355 Anm. 1.

über diesen Gegenstand an. So Heerwart, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. XII (1839) S. 183 ff. Derselbe giebt zu, daß das Erfordernis der 30tägigen Ausübung das interdictum de itinere actuque privato für unsere Feldwegdienstbarkeiten häufig nutzlos mache. Vielleicht liege der Grund, warum die römischen Juristen die Worte des Edikts: „quo itinere . . . . hoc anno usus es etc." gerade nur bei dem interdictum de itinere actuque privato so interpretierten darin, daß der Landbesitz eines Jeden in Italien meistens zusammenhing. Bei einem Gutskomplex habe leicht eine Benützung der Wegegerechtigkeit an 30 Tagen in einem Jahre vorkommen können, in Deutschland sei das aber anders, da liegen die Feldgrundstücke meistens zerstreut durcheinander, das könne uns jedoch nicht berechtigen, von der Auslegung der römischen Juristen, die für uns „Gesetz" sei, abzuweichen. Denn es lassen sich wohl auch andere Gründe jener besonderen Bestimmung denken, namentlich der, daß das Gehen, Fahren, Reiten über ein Grundstück wenig Zeit erfordere und wenig Aufsehen mache, daß daher die einmalige Ausübung einer Wegegerechtigkeit gar leicht geschehen könne, daß es deshalb bedenklich erscheinen konnte, eine solche für genügend zu erachten, um den Ausübenden bei dem ferneren Gebrauch des Weges ohne weiteres zu schützen. Das sei bei den anderen Dienstbarkeiten nicht so, denn entweder seien dazu, wie bei den Wasserleitungen Vorrichtungen erforderlich, die nicht so schnell herzustellen seien, oder die Ausübung selbst erfordere mehr Zeit, so daß der Besitzer des leidenden Grundstücks eher im Stande sei, der Anmaßung sich zu widersetzen.

B. W. Pfeiffer, Praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft Bd. VIII 1. Abt. S. 456 giebt die Ansicht Althofs hinsichtlich des Maßes der Ausübung im Gegensatz zu Savigny, Vangerow u. A. richtig wieder. Auch er bemängelt die fehlerhafte Uebersetzung des „vel" mit „oder" und wundert sich darüber, daß Vangerow, obwohl er diesen Uebersetzungsfehler rüge, doch im Wesentlichen der Ansicht Althofs beigetreten sei. Mit Vangerow in dem Ausdruck: „non minus quam triginta diebus" nur die Bezeichnung einer Zwischenzeit von so und so viel Tagen zu finden, halte er gerade in sprachlicher

Beziehung für ganz unthunlich; die als Unterstützungsgrund für jene Ansicht angeführte l. 1 § 12 h. t. erkläre sich naturgemäßer davon, daß, nachdem die Wegerechte an 30 Tagen des letzten Jahres (supradicto tempore anni) fehlerfrei ausgeübt worden, die nachher in dem noch übrigen Teile des Jahres bis zur Klageanstellung eingetretene Unterlassung oder fehlerhafte Ausübung nicht schaden solle.

Zielonacki, Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre nach röm. Rechte (1849) S. 254 ff. meint, Althof, dem auch Vangerow und Hoffmann beistimmen, habe eine kuriose Ansicht aufgestellt. Das Hauptargument Althofs, der meine, daß eine Ausübung des Wegerechts an 30 Tagen wohl selten vorkomme, und es daher unnatürlich erscheine, den Berechtigten zu zwingen, ganz überflüssige Besitzhandlungen vorzunehmen, bloß um sich das Interdikt zu sichern, sei sehr schwach. Wenn Althof den Gebrauch einer Wegeservitut an 30 verschiedenen Tagen im Jahre einen seltenen und ungewöhnlichen nenne, so scheine ihm (Zielonacki) dies eine willkürliche Behauptung zu sein! Eine Begründung dieser seiner Behauptung giebt Zielonacki allerdings nicht.

Th. Muther, Die Ersitzung der Servituten (1852) S. 50 ff. sagt: neuere Juristen haben zwar versucht, „diese Ausübung an nicht weniger als 30 Tagen“ wegzuinterpretieren, z. B. Althof und Vangerow; allein die in Frage kommenden Worte lassen, besonders wenn man auch auf fr. 1 § 12 D. h. t. Rücksicht nehme, sich nicht anders übersetzen als: „wenn er nur die Servitut ausgeübt hat im vergangenen Jahr auch nur in einer mäßigen Zeit, nämlich an nicht weniger als 30 Tagen“. Die Uebersetzungen der Gegner vergessen, daß es „diebus“ heiße und nicht „dierum“. Der Hauptgrund, welchen die Gegner wider die herrschende Ansicht vorbringen, sei ein legislativer, nämlich der, daß der Beweis der Ausübung an 30 verschiedenen Tagen für einen Besitzprozeß zu schwierig sei; dies könne aber den klaren Worten des Gesetzes gegenüber kein Bedenken erregen. Auch sei zu erwägen, daß in den interdicta velut possessoria gerade der Anfang einer juris possessio vorlag und daß der praetor genugsam Veranlassung

gehabt habe, vorsichtig zu Werke zu gehen und nur da Besitzesschutz zu erteilen, wo eine handgreifliche Billigkeit dafür sprach.

Elwers, Die römische Servitutenlehre (1856) S. 256 ff. hält die Althof-Vangerow'sche Uebersetzung mit dem Wortlaut und dessen grammatikalischer Bedeutung (dierum müßte es heißen statt „diebus") für unvereinbar. Die Fixierung der Benutzungszeit auf 30 Tage werde aus der Beobachtung des Landbaus hervorgegangen sein. Um ein Feld, aus dem man den notwendigen Unterhalt bezog, regelmäßig mit den Erfordernissen des Haushalts zu bestellen, werde es notwendig gewesen sein, daß man es wenigstens an 30 Tagen besuchte, wer nicht so oft die behauptete Wegeservitut benützte, habe damit bewiesen, daß er noch einen anderen Weg habe, oder daß wenigstens der beanspruchte nicht durchaus nötig sei, um ihm seinen Lebensunterhalt zu verschaffen und sei daher wieder nicht durch ein Interdikt geschützt.

Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd. I S. 609 ist der Ansicht, daß sich vorerst kein Grund denken lasse, warum die mehreren Ausübungen gerade in einen Zeitraum von 30 Tagen fallen müßten. Entscheidend sei aber die ähnliche Ausdrucksweise in fr. 1 § 54 de aqua quot. „hoc anno vel una die vel nocte". Sicher bedeute hienach „id est non minus quam triginta diebus": „an 30 verschiedenen Tagen". Daß ein frequenter uti und nicht ein paarmaliges zu verstehen sei, möchte ohnedies in der Natur der Sache liegen[1]).

Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, herausgegeben von Rudorf 1847/48 Bd. I S. 278 hält dafür, daß der Grund für das Erfordernis der 30tägigen Ausübung darin liege, daß bei dem Interdictum de aqua die Ausübung gewisse Anstalten voraussetze, die an sich etwas Dauerndes haben, die Ausübung überhaupt umständlicher sei, was bei dem interdictum de itinere nicht der Fall sei. Versuche, die l. 1 § 3 D. h. t., welche die Ausübung an 30 Tagen vorschreibe, anders zu erklären, seien sprachlich nicht möglich. Diese Bestimmung müsse aber eingeschränkt

1) Die Berufung auf die „Natur der Sache" erscheint immer als schwaches Argument und ist gewöhnlich ein Zeichen dafür, daß es um die sachlichen Gründe des Beweisführers nicht sonderlich bestellt sein müsse.

werden auf solche Wegeservituten, die das ganze Jahr in Ausübung seien, nicht z. B. bloß wegen der Ernte.

Keller, Pandekten S. 366 ist ebenfalls der Ansicht, daß die Althof-Vangerow'sche Auslegung unmöglich sei. Wenn es auch auf der einen Seite allerdings ein strenges Requisit sei, daß der Kläger eine so große Zahl von Ausübungshandlungen nachweisen solle, so sei auf der anderen Seite auch nicht zu vergessen, daß ein Nachbar sehr oft über das Grundstück des anderen seinen Weg nehmen könne, ohne daß dieser es wisse, und ohne daß er Heimlichkeit beweisen könne. Die Härte gegen diesen sei aber viel größer, wenn er eine Wegebenützung weiterhin dulden solle, weil sie früher einigemale stattfand, ohne daß er es wußte und ohne daß er also Anlaß und Möglichkeit hatte, dieselbe zu wehren. Auch sei zu beachten, daß nach l. 1 § 12 h. t. fehlerhafte Ausübung gar nicht beachtet werde, wenn nur fehlerfreie im Laufe des Jahres und von der gehörigen Dauer (supradicto tempore) vorangegangen sei. Das wäre wieder sehr hart gegen den beschwerten Eigentümer, wenn nicht jene Dauer eine ansehnliche wäre.

Windscheid, Pandekten, VII. Auflage Bd. I § 164 Note 4, ist zwar auch ein Gegner der Althof-Vangerow'schen Auslegung, er weicht jedoch insofern von der herrschenden Ansicht ab, als er nicht „Ausübung an dreißig verschiedenen Tagen des letzten Jahres", sondern 30malige Ausübung verlangt. Einen Grund für diese Ansicht hat Windscheid übrigens nicht angegeben.

Sonstige Vertreter der herrschenden Ansicht sind:

Unterholzner, Verjährungslehre (1828) Bd. II § 278 S. 365.

Karl Luden, Die Lehre von den Servituten (1837) S. 293.

Oskar Schönemann, Die Servituten (1866) S. 194.

Burchardi, Lehrbuch des römischen Rechts, Teil II § 154 S. 384.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten § 192.

Karl Georg v. Wächter, Pandekten I. Tl. § 161 S. 260.

Dernburg, Pandekten II. Aufl. § 257 S. 620 Anm. 7.

Baron, Lehrbuch der Pandekten III. Aufl. § 175 S. 272.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten § 103 S. 289. (Dieser

mit der Abweichung, daß 30malige Ausübung verlangt werde.)

Lang, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, 2. Aufl. Bd. I S. 428.

Die Praxis der höchsten deutschen Gerichtshöfe hat sich durchaus ablehnend gegen die Althof-Vangerow'sche Auslegung des fr. 1 § 2 D. h. t. verhalten. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. VI Nr. 291, VII Nr. 182, XII Nr. 46 u. 107, XVI Nr. 221, XIX Nr. 45, XXII Nr. 46, XXX Nr. 123.

Im Uebrigen hat sich die Praxis auf eine eigentümliche Weise zu helfen gewußt. Sie verkannte durchaus nicht, daß bei dem Erfordernis der Rechtsausübung an 30 verschiedenen Tagen des letzten Jahres die Anwendbarkeit des interdictum de itinere actuque privato für die meisten Wegeservituten ausgeschlossen sei. Zur analogen Anwendung dieses Interdikts auf solche Fälle, wo das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks eine so häufige Ausübung nicht erheischt, konnte man sich wegen der bestimmten und offenbar singulären Vorschrift des fr. 1 § 2 D. h. t. nicht entschließen und hielt sich um so weniger hiezu für berechtigt, als man annehmen mußte, daß auch den Römern Wegegerechtigkeiten dieser beschränkten Art nicht unbekannt gewesen seien und auch andere Feldservituten sich eines Besitzesschutzes nicht erfreut hätten. Dagegen nahm man keinen Anstand, das interdictum uti possidetis analog auf den Schutz solcher Wegegerechtigkeiten beschränkteren Umfangs anzuwenden. Es war nämlich schon frühe der Gerichtsgebrauch aufgekommen, auf diejenigen Feldservituten, für welche das römische Recht keine besonderen Besitzinterdikte hatte, so z. B. die Weidegerechtigkeit, Holzgerechtigkeit 2c. das interdictum uti possidetis utile anzuwenden. Nachdem man einmal so weit war, sah man keinen inneren Grund ein, diesen durch die Praxis eingeführten Besitzesschutz auf solche Servituten zu beschränken, welche ihrer Gattung nach im römischen Rechte des Schutzes durch Interdikte entbehren und nicht auch da zu gewähren, wo eine Dienstbarkeit nach römischem Recht nur in einer gewissen Art und Ausdehnung der Ausübung sich dieses Schutzes erfreut, sonst aber desselben ermangelt. Hinsichtlich des Maßes der Ausübung der Wegegerechtigkeit im letzten Jahre ließ man das richterliche Er-

messen entscheiden, so daß möglicherweise eine einzige fehlerfreie Ausübung im letzten Jahre genügen konnte.

Vgl. besonders Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. VIII 1. Abt. S. 447 ff. Seuffert's Archiv Bd. XX Nr. 46 und Bd. XXX Nr. 123[1]).

Auch nach der Ansicht des Verfassers ist die Interpretation Althof-Vangerow's unhaltbar. Selbstverständlich hat übrigens Vangerow recht, wenn er das „vel“ in fr. 1 § 2 cit. nicht mit „oder“, sondern mit „mindestens“ übersetzt. Noch besser wäre vielleicht die Wiedergabe mit: „wenn auch nur an 30 Tagen“.

Mit vollem Recht wurde von Muther, Elwers und Puchta (oben S. 7 und 8) gegen Althof und Vangerow eingewandt, daß es bei ihrer Auslegung „dierum“ und nicht „diebus“ heißen müßte. Auf fr. 1 § 12 D. h. t.[2]) „supradicto tem-

---

1) S. 417—441 l. c. giebt Pfeiffer eine ausführliche Darstellung der Savigny-Thibaut'schen Streitfrage über die analoge Anwendung des interdictum uti possidetis auf den Quasibesitz.

2) fr. 1 § 12 D. de itinere lautet nach Mommsen: „Si quis supradicto tempore anni non vi non clam non precario itinere usus sit, verum postea non sit usus, sed clam precariove, videndum est, an ei noceat, et magis est, ut nihil noceat, quod attinet ad interdictum.“ Mommsen hat in „verum postea non sit usus“ ein non, das in der Florentina fehlt, eingesetzt, wie mir scheint mit Unrecht. M. E. müssen entweder die Worte: „non sit usus sed“ gestrichen oder es muß gelesen werden: „verum postea vi sit usus vel clam precariove“. Mommsen beruft sich auf den Index des Tipucitus zu dieser Stelle. Vgl. Basiliken ed. Heimbach Tom. V pag. 203: καὶ περὶ τοῦ εἰ ἐν τῷ λεχθέντι καιρῷ τοῦ ἐνιαυτοῦ καλῶς χρήσομαι τῇ ὁδῷ, μετὰ δὲ ταῦτα λάθρα ἢ παρακλήσει, οὐ βλάπτομαι ὅσον πρὸς τὸ νόμιμον παράγγελμα.“ Daraus zieht Mommsen den Schluß: „unde hoc certe apparet, Graecos non legisse vocabulum ‚vi‘.“ Ich bin jedoch der Ansicht, daß aus der Thatsache, daß Tipucitus nur sagt: „λάθρα ἢ παρακλήσει“ nur geschlossen werden könnte, es haben im ursprünglichen Texte die Worte „(non) sit usus sed“ überhaupt gefehlt. Diese Vermutung wird dadurch unterstützt, daß die Wiederholung des usus sit unschön und schleppend ist und der Schreibweise Ulpians widerspricht. Läßt man die Worte: „sit usus“ stehen, so muß man annehmen, daß durch ein Versehen des Abschreibers das Wort vi statt non ausgefallen ist; denn non ist sinnlos, da es sich ganz von selbst ver-

pore“ kann sich **Althof** für seine Ansicht nicht berufen, da diese Worte ohne Zwang von dem annus interdicti im Gegensatz zu den 30 dies verstanden werden können. Diese Stelle wäre also in dem Sinne auszulegen, daß wenn innerhalb des der Klageanstellung vorangegangenen Jahres die Wegeservitut an 30 Tagen fehlerlos, nachher (aber immer noch innerhalb des annus) fehlerhaft ausgeübt wurde, dies wenigstens bezüglich des Interdikts nichts schade.

Der Haupteinwand gegen **Althof** dürfte aber, was bisher nicht beachtet wurde, der sein, daß nicht ersichtlich ist, wie das tempus triginta dierum innerhalb des annus interdicti bemessen werden soll und **Althof** selbst giebt, wie die ausgezogenen Stellen zeigen, hiefür keine bestimmten Anhaltspunkte. Müßte man unter den triginta dies **Kalendermonate** verstehen, so stünden dem Kläger, falls die Klage nicht am Ersten eines Monats angestellt würde, nur 11 Monate für seinen Beweis zur Verfügung. Gesetzt den Fall, die Klage wurde am 12. Oktober 1898 erhoben, so könnten weder die Tage vom 1.—12. Oktober 1898 noch die vom 31.—12. Oktober 1897 für den Beweis der 30tägigen Rechtsausübung in Betracht kommen. Will man aber vom Tage der Klageerhebung an rückwärts gerechnet den annus interdicti in gleiche Abschnitte von 30 Tagen zerlegen, so blieben doch 5 Tage und in Schaltjahren 6 Tage als für den Beweis unbenutzbar übrig.

Man kann auch mit dem besten Willen nicht einsehen, wieso die Römer dazu gekommen sein sollten, innerhalb des annus interdicti noch ein tempus triginta dierum zu statuieren und wenn sie dies thaten, daß sie gar keinen Anhaltspunkt für die richtige Abgrenzung dieses spatii an die Hand gaben. Die **Althof-Vangerow**'sche Auslegung ist durchaus gekünstelt und dies erklärt es wohl auch, daß von den Glossatoren bis auf unsere Zeit Niemand auf diese Auslegung verfallen ist.

Und so bliebe denn nichts anderes übrig, als sich, so wie die Stelle einmal lautet, für die gemeine Meinung zu entscheiden, wonach bei dem interdictum de itinere actuque privato die Aus-

---

steht, daß wenn im annus regelrechte Ausübungsakte vorgekommen sind und nachher, bis zur Klageanstellung **nicht** ausgeübt wird, dies dem Interdikt nichts schadet.

übung der Wegegerechtigkeit an 30 verschiedenen Tagen des Interdiktsjahres erfordert würde.

Eine andere Frage ist aber die, ob die Worte: „vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus" überhaupt von Ulpian herrühren und ich glaube, daß diese Frage unbedingt zu verneinen ist.

Diese meine Ansicht erlaube ich mir, wie folgt zu begründen:

Man mag über die Auslegung Althof's denken, wie man will, so hat er doch damit entschieden Recht, daß das Erfordernis einer 30tägigen Rechtsausübung im letzten Jahre ein Unding ist und daß dadurch der Interdiktenschutz für die allermeisten Wegeservituten illusorisch und nutzlos wird. Wie oft üben denn unsere Bauern ihre Ueberfahrtsrechte — und diese kommen doch hauptsächlich in Betracht — im Laufe eines Jahres aus? Wenn es hoch kommt an 8—10 Tagen. Gesetzt, das herrschende Grundstück ist ein Fruchtacker, so wird der Bauer, wenn er Sommerfrucht baut, im Frühjahr zum Pflügen und Säen an etwa 2 Tagen hinausfahren; dann geht er und sein Gesinde vielleicht an 1 oder 2 Tagen zum Ausjäten des Unkrauts hinaus; in der Ernte soll er mit dem Schneiden und Heimführen der Frucht wieder 2 bis 3 Tage auf seinem Acker teils mit, teils ohne Fuhrwerk zubringen; endlich im Herbst zum Düngen, Pflügen und Unterbringen der Winterfrucht nochmals 2—3 Tage verwenden: — dann hat er Alles in Allem an 8—10 Tagen die Wegeservitut ausgeübt. Ist das herrschende Grundstück eine Wiese, so sind (wenigstens in trockenen Jahren) nicht einmal so viele Fuhren bezw. Tage erforderlich und namentlich dann nicht, wenn es sich um einmähdige Wiesen handelt.

Dazu kommt noch, wie Althof und Vangerow ebenfalls mit vollstem Rechte betont haben, die Schwierigkeit des Beweises. Wenn man dem Kläger den Nachweis einer 30tägigen Ausübung seines Wegerechts auferlegt, dann mag man ihn nur auch zuvor belehren, daß er stets sein Notizbuch mit sich führen solle, um die einzelnen Gebrauchstage aufzuschreiben; auch wird ihm zu empfehlen sein, jedesmal Zeugen mitzunehmen und von diesen seinen Aufschrieb mitunterzeichnen zu lassen. Mit bloßen

Zeugenaussagen wird der Kläger überhaupt nicht auskommen; denn wie unzuverlässig diese sind, wenn es sich um genaue Zeitangaben handelt, ist jedem Richter und Anwalt zur Genüge bekannt.

Ein großer Uebelstand liegt auch darin, daß der annus interdicti nicht mit dem Kalenderjahre zusammenfällt. Wäre das der Fall, so könnte der Eigentümer des herrschenden Grundstückes gegen Weihnachten und Neujahr, wo der Bauer ohnedies weniger zu thun hat, nachrechnen, ob er seine 30 Gebrauchstage bei einander habe und die fehlenden Ausübungstage noch nachholen, wobei er allerdings leicht die betrübende Entdeckung machen könnte, daß die Zahl der bis zum Jahresschluß noch übrigen Tage nicht zureichen würde, um die Zahl der erforderlichen 30 Gebrauchstage voll zu machen. Allein da der annus interdicti vom Tage der Klageerhebung an berechnet wird, so ist eine solche Sicherung gegen den Verlust des Interdikts überhaupt unmöglich. Auch ist zu bedenken, daß gerade derjenige, welcher die Wegegerechtigkeit im guten Glauben und im Bewußtsein seines guten Rechtes ausübt, in seiner Harmlosigkeit sicherlich nicht daran denkt, daß er in Folge der Prohibition seitens seines Nachbars genötigt werden könnte, im Prozeßweg die einzelnen Ausübungsakte oder vielmehr Ausübungstage im letzten Jahre zu beweisen. Wollte der Bauer einigermaßen sicher sein, daß er stets im geschützten Besitze der Wegegerechtigkeit bleibe, so müßte er wohl oder übel im Laufe des Jahres aufs Geratewohl völlig unnötige Fuhren und Gänge auf sein Grundstück ausführen, obwohl er dadurch den Eigentümer des dienenden Grundstücks unnötig belästigte und schädigte und er damit gegen den obersten Grundsatz, daß eine Servitut mit möglichster Schonung des dienenden Grundstücks — civiliter — ausgeübt werden müsse, gröblich verstieße.

Auch ist bereits von Althof mit Recht bemerkt worden, daß nach der herrschenden Meinung die Zahl der Ausübungsakte an den einzelnen Tagen keinerlei Berücksichtigung fände.

Endlich erscheint der Beweis einer 30tägigen Rechtsausübung für ein possessorisches Rechtsmittel, das hauptsächlich dazu bestimmt ist, einen vorläufigen Schutz in der Rechtsausübung zu gewähren und die Parteirollen für das petitorium zu verteilen (fr. 1

§ 44 D. 43, 20) viel zu umständlich und schwierig. Das wäre fürwahr mit Kanonen nach Sperlingen geschossen.

Alle Anstrengungen, für das Erfordernis der 30tägigen Rechtsausübung einen vernünftigen Grund aufzufinden, sind denn auch vergeblich gewesen, obwohl man doch annehmen sollte, daß wenn die praktischen Römer eine solche Bestimmung getroffen hätten, auch wir mit Leichtigkeit deren Nutzen einsehen müßten.

Savigny a. a. O. oben S. 9 findet allerdings das Erfordernis der 30tägigen Ausübung deshalb nicht besonders hart, weil ja nicht verlangt werde, daß an jedem Tage alle Gebrauchsarten vereint waren; wer also beweise, daß er an 10 Tagen ging, an 10 ritt, an 10 fuhr, der habe dem Interdikt auch für die servitus actus genügt." Man könnte noch anfügen, daß nach fr. 7 pr. D. de servitutibus praed. rust. 8, 3 der beatus agricola auch das Recht hat, sich zur Abwechslung in der Sänfte tragen zu lassen[1]). Allein, wo in aller Welt reiten denn die Bauern auf ihre Aecker und Wiesen? und wie oft hat so ein armes Bäuerlein kaum eine Zugkuh, geschweige denn ein Reitpferd!

Wenn Heerwart a. a. O., oben S. 6 und Puchta a. a. O. oben S. 8 den Grund für das Erfordernis der 30tägigen Ausübung darin finden, daß bei dem interdictum de aqua die Ausübung der Servitut gewisse Anstalten voraussetze, die an sich etwas Dauerndes haben, die Ausübung überhaupt umständlicher sei, was bei dem interdictum de itinere actuque privato nicht zutreffe, und deshalb eine nicht vitiöse Ausübung zum Nachteil des angeblich belasteten Grundstücks viel leichter eintreten könne, so wird diese Ansicht durch den Hinweis darauf widerlegt, daß das interdictum de itinere actuque privato ja auch auf den Gebrauch hergerichteter Straßen — via munita, via strata — sich bezieht, welche dem Servitutbelasteten sowohl bei der Erstellung als dem Gebrauche mindestens ebenso ins Auge fallen müssen, als die Wasserleitungseinrichtungen, welche ja möglicher-

---

1) Arg. fr. 7 pr. cit. wird man dem Fußwegberechtigten wohl auch die Befugnis zuerkennen dürfen, den Fußweg mit einem Zweirad zu befahren. Ohne Zweifel hätten dies die klassischen Juristen als singuläres Recht „utilitatis causa“ zugelassen — wenn die Römer schon geradelt hätten.

weise, weil im Erdboden liegend, äußerlich nicht einmal wahrnehmbar sind.

Auch der weitere Grund Heerwarts, daß bei dem in Italien mehr zusammenhängenden Grundbesitz eine Benützung der Wege an 30 Tagen im Jahre eher vorgekommen sein werde als in Deutschland, wo die Feldgrundstücke mehr zerstreut liegen, ist unstichhaltig; denn die Behauptung Heerwarts bezüglich der Lage und Größe der Grundstücke im alten Italien als richtig vorausgesetzt, so bedingte dieser Umstand nur, daß die Wegerechte damals verhältnismäßig seltener waren als bei uns: wo sie aber bestanden, mußten naturgemäß die Bedingungen der Ausübung dieselben sein als hier zu Lande.

Auch die Ansicht von Elwers a. a. O., oben S. 8, ist durchaus unhaltbar. Er meint, die Fixierung der Benutzungszeit auf 30 Tage sei wohl aus der Beobachtung des Landbaus hervorgegangen; denn um ein Feld, aus dem man den notwendigen Unterhalt bezog, regelmäßig mit den Erfordernissen des Haushaltes zu bestellen, werde es notwendig gewesen sein, daß man es wenigstens an 30 Tagen des Jahres besuchte. Allein es handelt sich in der Regel ja nicht um solche Grundstücke, aus denen man die „Haushaltung" versorgt, worunter doch wohl nur Gemüsegärten verstanden werden könnten, sondern um Aecker und Wiesen, deren Bebauung den Gutsbetrieb sichert und deren Erträgnisse dem Landwirt bares Geld ins Haus schaffen sollen.

Noch sonderbarer ist der weitere Grund von Elwers, daß derjenige, welcher nicht so oft die behauptete Wegeservitut benutzte, damit beweise, daß er noch einen anderen Weg habe, oder daß wenigstens der beanspruchte nicht durchaus nötig sei, um ihm seinen Lebensunterhalt (!) zu verschaffen. Das ist völlig unverständlich. Wie soll denn aus der Thatsache, daß eine Wegeservitut nicht an 30 Tagen im Jahr ausgeübt wurde, geschlossen werden können, daß der Kläger einen zweiten Weg zu seinem Grundstück habe oder daß er den Weg nicht durchaus nötig habe? Aus der Thatsache einer geringeren Ausübung als an 30 Tagen des letzten Jahres kann doch nur der Schluß gezogen werden, daß die Bebauung und Einerntung des herrschenden Grundstücks eben keine

öftere Ausübung notwendig machte.

Die Ansicht Keller's (Pand. S. 366) das Erfordernis der 30tägigen Ausübung sei deshalb gerechtfertigt, weil ein Nachbar sehr oft über das Grundstück des Anderen seinen Weg nehmen könne, ohne daß er ihm Heimlichkeit nachweisen könne (ähnlich auch Herwart), ist ebenfalls unbegründet. Versteht man nämlich unter usus violentus jede Rechtsausübung gegen das Verbot des belasteten Eigentümers und unter usus clandestinus die Rechtsausübung desjenigen:

„qui celavit adversarium, ... si modo timuit eius controversiam aut debuit timere“ (fr. 1 § 5 fr. 3 § 7 D. quod vi aut clam 43, 24)

so schwinden die von Keller gehegten Bedenken vollständig. Vgl. unten S. 25 ff.

Es bleibt also dabei, daß sich kein einziger vernünftiger Grund für das Erfordernis der 30tägigen Ausübung bei dem interdictum de itinere actuque privato auffinden läßt und so wird meine Behauptung, daß auch Ulpian ein solches Erfordernis nicht aufgestellt haben könne, an sich schon wenigstens nicht ungereimt erscheinen.

Es kommen aber noch folgende besondere Gründe hinzu:

Das kritische fragm. 1 § 2 D. 43, 19 steht in Ulpian's 70. Buche ad edictum. Die Interdiktsworte, deren Auslegung unsere Stelle gewidmet ist, lauten:

Praetor ait: Quo itinere actuque (privato)[1]), quo de agitur (vel via)[2]) hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto.

---

1) „Privato“ wird von Mommsen und Lenel Edictum perpetuum § 250 S. 383 mit Recht gestrichen. Lenel a. a. O. Anm. 16 sagt hierüber: „privato“ Glossem, so Mommsen, a. M. Schmidt S. 79. Das Wort ist in der Rubrik verständlich, im Interdikt aber überflüssig und bei Ulpian nicht kommentiert.

2) „vel via“ wird von Mommsen und Lenel mit Recht gestrichen. Lenel a. a. O. Anm. 17 sagt hierüber: „vel via“ Glossem (so Mommsen, a. M. Schmidt a. a. O.). Die via, die hier nachhinkt, war, wie aus zahlreichen Stellen des Kommentars hervorgeht, vgl. z. B. fr. 1 § 2, 4, 6 h. t., im iter actusque als Unterwert inbegriffen. Vgl. auch fr. 3 § 11 h. t.

Das interdictum de aqua cottidiana et aestiva lautet nach fr. 1 pr. D. 43, 20:

Ulpianus libro septuagensimo ad edictum: „Ait Praetor: uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quo minus ita ducas, vim fieri veto“.

Das Interdictum de fonte lautet nach fr. 1 pr. D. 43, 20:

Ulpianus libro septuagensimo ad edictum: „Praetor ait: uti de eo fonte, quo de agitur hoc anno aqua nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris, vim fieri veto“.

Man sieht, daß in keinem von diesen 3 Interdikten auch nur die leiseste Andeutung von dem Erfordernis einer dreißigtägigen Ausübung enthalten ist. Bei dem interdictum de aqua sagt Ulpian überdies in fr. 1 § 4 D. de aqua 43, 20:

„Quod autem scriptum est (in) interdicto: „uti hoc anno aquam duxisti“ hoc est: non cottidie, sed hoc anno vel una die vel nocte.“

Hat also bei dem interdictum de aqua zweifellos eine einmalige fehlerfreie Ausübung im letzten Jahre genügt, wie sollen denn die Römer dazu gekommen sein, bei dem interdictum de itinere das Erfordernis einer dreißigtägigen Ausübung aufzustellen? Da in den Interdiktsworten selbst hiezu nicht der mindeste Anhaltspunkt gegeben ist, so konnte diese durchaus singuläre Bestimmung lediglich durch die mit dem jus respondendi versehenen römischen Juristen eingeführt sein und zwar aus Utilitätsgründen gegen die bestehende Rechtsordnung[1]). Dabei ist völlig sicher, daß Ulpian diese Vorschrift nicht selbst eingeführt hat; denn in diesem Falle hätte er nach seiner Gewohnheit auch den Utilitätsgrund angeführt. Es wäre also nur möglich, daß Ulpian diesen singulären Rechtssatz bereits vorgefunden und nur referiert hätte; allein auch dies ist ausgeschlossen, da die römischen Juristen und

1) fr. 16 D. de legibus 1, 3: jus singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est“. Vgl. Windscheid, Pand. VII. Bd. I § 79, besonders aber Scharlach, im Archiv für die civilist. Praxis Bd. 62 S. 435 ff., dessen Ansicht ich in allen Stücken beitrete. Derselbe definiert das jus singulare als das durch die römischen Juristen kraft ihres wissenschaftlichen Ansehens aus Utilitätsgründen gegen bestehende Rechtsvorschriften eingeführte Recht.

speziell auch Ulpian es nie versäumt haben, dies auch anzugeben und zwar mit Wendungen wie: „utilitatis causa receptum est“ oder „hoc jure utimur“, wie dies z. B. in fr. 1 § 11 u. fr. 3 pr. D. de aqua 43, 20 geschehen ist. Auch darf wohl angenommen werden, daß wenn es einem der Vorgänger Ulpians im jus respondendi eingefallen wäre, das Erfordernis der 30tägigen Ausübung aufzustellen, dies, weil dadurch die Wirksamkeit des Interdikts vollständig lahmgelegt wird, nicht ohne Widerspruch der gleichzeitigen Juristen abgegangen wäre und daß uns dies Ulpian zum mindesten durch eine Andeutung wie „illud quaeritur“ (fr. 1 § 11 D. de aqua 43, 20) verraten hätte. Auch dürfen wir wohl annehmen, daß, da solche singulären Rechtssätze von den jura constituentes stets „propter aliquam utilitatem“ eingeführt wurden, wir die utilitas des Erfordernisses der 30tägigen Ausübung auch ohne eine Andeutung Ulpians mit Leichtigkeit einsehen müßten. Diese Einsicht zu gewinnen ist aber, wie wir oben gesehen haben, durchaus unmöglich.

Es kann indessen aus fr. 1 D. de itinere selbst bewiesen werden, daß Ulpian die ominösen Worte: „vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus“ nicht geschrieben haben kann und nicht geschrieben hat. Dieser Beweis liegt in

> fr. 1 § 9 D. 43, 19: „Si quis propter inundationem usus non sit itinere actuque hoc anno, cum superiore usus sit, potest repetita die hoc interdicto uti per in integrum restitutionem“.

Hienach setzt Ulpian den Fall, daß Jemand durch eine Ueberschwemmung in dem der Anstellung des Interdikts vorangegangenen Jahre an der Ausübung seiner Wegegerechtigkeit verhindert worden sei. Da nun aber bekanntlich überall und so auch in Italien und den römischen Provinzen zu Ulpians Zeit die Ueberschwemmungen stets nur kurze Zeit, höchstens ein paar Tage dauern, so kann Ulpian nicht der Ansicht gewesen sein, daß eine Ausübung an 30, möglicherweise im ganzen Jahre zerstreuten Tagen erforderlich sei. Man kann hiegegen auch nicht einwenden, Ulpian habe den Fall im Auge gehabt, daß es dem Kläger durch die Ueberschwemmung unmöglich geworden sei, die Zahl der 30 Ausübungstage, an der vielleicht nur noch wenige Tage fehlten, voll

zu machen; denn zu einer solchen Unterstellung bietet unsere Stelle keinen Anhalt. Dieselbe kann ungezwungen nur von dem Falle verstanden werden, daß der Kläger durch die Ueberschwemmung überhaupt an der Ausübung im letzten Jahre verhindert worden ist. Ulpian denkt offenbar an solche Fälle, wo der Berechtigte eben gerade in der Ernte Veranlassung hat, das herrschende Grundstück zu besuchen, dies aber unterläßt, nachdem ihm die Ernte durch eine Ueberschwemmung vernichtet worden ist.

Zu beachten ist ferner der Umstand, daß bei dem interdictum de itinere actuque reficiendo ebenfalls weder in den Interdiktsworten:

fr. 1 § D. 43, 19:

„Ait praetor: Quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab illo usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius est, reficias, vim fieri veto“

noch in der daran anschließenden Interpretation dieser Interdiktsworte sich eine Spur von dem Erfordernis der 30tägigen Ausübung vorfindet. Auch in fr. 1 § 4 D. de aqua, wo Ulpian sagt, daß bei dem interdictum de aqua eine Ausübung „vel una die vel nocte“ genüge, hebt er den Gegensatz zu dem Erfordernis der 30tägigen Ausübung bei dem interdictum de itinere, was doch ganz nahe gelegen wäre, mit keiner Silbe hervor.

Entscheidend ist endlich der Umstand, daß Ulpian bei dem interdictum de fonte in Bezug auf die Ausübung dieser Servitut in fr. 1 § 3 D. 43, 22 sagt:

„Et eadem sunt hic dicenda, quae ad personam attinent, quaecumque in superioribus interdictis diximus“.

Da nun aber in jeder servitus haustus zugleich eine Wegegerechtigkeit enthalten ist:

fr. 3 § 3 D. de servit. praed. rust. 8, 3. (Ulpianus)

„Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum“,

so ist klar, daß Ulpian in Bezug auf das Maß der Ausübung, die beiden voraufgehenden Interdicta de itinere actuque privato und de aqua cottidiana et aestiva einander durchaus gleichgestellt, also bei beiden nur eine einmalige fehlerfreie Ausübung im letzten

Jahre verlangt haben muß. Wollte man dem gegenüber an dem Erfordernis der 30tägigen Ausübung bei dem interdictum de itinere festhalten, so müßte man annehmen, daß Ulpian, als er fr. 1 § 3 D. de fonte 43, 22 schrieb, nicht mehr gewußt habe, daß er bei dem interdictum de itinere eine 30tägige Ausübung vorgeschrieben habe, bezw. daß dieses Erfordernis bestehendes singuläres Recht sei. Einer solchen unverzeihlichen Nachlässigkeit dürfen wir aber einen so sorgfältigen Schriftsteller wie Ulpian nicht beschuldigen, müssen vielmehr annehmen, daß er in fr. 1 § 3 D. de fonte die persönlichen Erfordernisse der Rechtsausübung bei den drei Interdikten de itinere, de aqua und de fonte deshalb gleichstellte, weil er sich bewußt war, daß bei allen drei nur eine einmalige fehlerfreie Ausübung des Rechts im letzten Jahre genüge.

Es erübrigt noch, die Unechtheit der Worte: „vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus“ auch in grammatikalischer und stilistischer Beziehung nachzuweisen und ich erlaube mir, zu diesem Zwecke den ganzen Eingang von fr. 1 D. 43, 19 hieherzusetzen.

Praetor ait: quo itinere actuque [privato,] quo de agitur [vel via] hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es, quo minus ita utaris vim fieri veto.

§ 1. Hoc interdictum prohibitorium est, pertinens ad tuendas rusticas tantummodo servitutes.

§ 2. Hoc interdicto praetor non inquirit, utrum habuit jure servitutem impositam an non, sed hoc tantum, an itinere actuque hoc anno usus sit non vi non clam non precario, et tuetur eum, licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit. Sive igitur habuit ius viae sive non habuit, in ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat, si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus. Neque ad praesens tempus refertur usus, quia plerumque itineribus vel via non semper utimur, nisi cum usus exegerit ita.

§ 3. Annui temporis spatio conclusit usum. Annum ex die interdicti redditi retrorsum computare debemus.“

Vor allem ist zu konstatieren, daß es am Eingang des § 2

nicht utrum[1]) habuit, sondern utrum habeat heißen muß. Denn einerseits regiert utrum bei Ulpian stets den Konjunktiv, andererseits wird der Konjunktiv auch unbedingt durch das nachfolgende mit dem Konjunktiv verbundene „an" gefordert.

„an itinere actuque hoc anno usus sit".

Es kann auch aus logischen Gründen nicht „utrum habuit" heißen, weil ja die Frage nicht die sein könnte, ob der Kläger zur Zeit der Klageanstellung das Wegerecht gehabt habe, sondern ob er es gegenwärtig habe: folglich konnte Ulpian nur das Präsens nicht das Perfekt setzen.

Im Uebrigen ist gegen den ersten Satz des § 2 nichts einzuwenden; dagegen muß der ganze übrige Teil dieses § m. E. als unecht d. h. nicht von Ulpian herrührend gestrichen werden.

Wenn der Satz: sive igitur habuit ius viae etc. mit „igitur" eingeleitet ist, so erwartet man, daß dieser Satz eine Schlußfolgerung aus dem vorangehenden Satze enthalte. Anstatt dessen wird in dem mit „sive igitur" eingeleiteten Satze lediglich das wiederholt, was im vorangehenden Satze in völlig befriedigender Weise bereits gesagt ist, aber wiederholt in einer äußerst umständlichen und schwülstigen Art, wie sie Ulpian, der stets einen klaren, einfachen und flüssigen Stil schreibt, durchaus fremd ist. „In ea condicione est, ut ad tuitionem praetoris pertineat" kann Ulpian unmöglich geschrieben haben, er hätte gewiß einfacher und besser gesagt: „praetor tuetur eum, si modo etc."

Sodann ist auffällig, daß sive – sive mit dem Indikativ konstruiert ist, obwohl bei den römischen Juristen und speziell bei Ulpian regelmäßig der Konjunktiv steht[2]). Auch könnte es, wenn

1) Utrum—an wird von den klassischen Juristen stets mit dem Konjunktiv konstruiert. Vgl. z. B. fr. 57 D. 5, 3; fr. 3 § 1, fr. 9 § 4, fr. 30 § 2 D. 41, 1; fr. 28 D. 41, 2; fr. 1 § 25 D. 43, 20; fr. 1 § 2 D. 43, 24. Mit dem Indikativ habe ich es in fr. 25 § 6 D. 5, 3 gefunden, allein diese Stelle ist stark verdächtig, unecht zu sein.

2) Daß sive — sive im klassischen Latein mit dem Indikativ konstruiert wird, ist mir wohlbekannt; auf der anderen Seite ist es aber Thatsache, daß die klassischen Juristen es regelmäßig mit dem Konjunktiv konstruieren. Vgl. fr. 1 pr. u. § 14, fr. 20 § 2, fr. 21 § 4 D. 39, 1; fr. 4 § 10 D. 41, 3; fr. 1 § 2, fr. 4 § 1 D. 43, 4; fr. 1 § 3 D. 43, 5; fr. 1 § 31 D.

Ulpian den Indikativ setzen wollte, nicht habuit, sondern nur habet heißen, da es ja bei der Anstellung des Interdikts nicht interessieren konnte, ob der Kläger das Wegerecht gehabt habe, sondern nur, ob er noch gegenwärtig berechtigt sei. Offenbar hat sich der Glossator durch den Schreibfehler „habuit“ im vorangehenden ersten Satze bestimmen lassen, nun auch seinerseits „habuit“ zu schreiben. Ferner dürfte es nicht heißen: „si modo anno usus est“, sondern si modo hoc anno usus est oder vielmehr sit und vor Allem durfte, wie es auch im ersten Satze geschehen ist, der Zusatz: „non vi non clam non precario“ nicht fehlen. Besonders aber kommt in Betracht, was schon Althof mit Recht gerügt hat, daß man 30 im Jahre zerstreute Tage kein „tempus“ heißen kann und daß Ulpian, wenn er je das Erfordernis der 30tägigen Ausübung hätte aufstellen wollen, einfacher und besser gesagt hätte:

„si modo anno usus est non minus quam triginta diebus“.

Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß in den Worten: „vel modico tempore, id est non „minus“ quam triginta diebus“ ein logischer Fehler steckt; denn das „modico tempore“ verlangt, da darin eine Abgrenzung nach oben enthalten ist, entschieden das Wort „plus“ und nicht minus, also: „vel modico tempore, id est non plus quam triginta diebus“. Wollte dem Gedanken Ausdruck gegeben werden, daß zwar eine mäßige Zeit genüge, daß es aber nicht weniger als 30 Tage sein dürfen, so mußte es heißen: „vel modico tempore, sed non minus quam triginta diebus“.

Ist hienach der zweite Satz des § 2 zweifellos unecht, so ergibt sich die Unechtheit des dritten Satzes: „neque ad praesens tempus . . . . . exegerit ita schon daraus, daß er lediglich eine Fortsetzung des gestrichenen vorangehenden Satzes ist. Dazu kommt,

---

43, 8; fr. 1 § 9, fr. 10 D. 43, 16; fr. 1 § 14 D. 43, 20; fr. 5 § 14 D. 43, 24; fr. 63 D. 45, 1. — Ulp. fragm. lit. II § 3, VII § 4, XI § 7, XIX § 16, 17, 21, XXVIII § 12, XXIX § 2. — Mit dem Indikativ ist es in folgenden, zumeist unechten Stellen konstruiert: fr. 7 § 11 D. 2, 14 (Glossem), fr. 10 § 3 D. 39, 1 (Glossem). fr. 23 pr. D. 41, 1 (Glossem), fr. 30 § 3 D. 41, 1; fr. 1 § 38 D. 43, 8 (Glossem), fr. 1 § 24 D. 43, 16 (Glossem), fr. 1 § 2, fr. 5 § 14 D. 43, 24 (Glosseme).

daß dieser Satz ebenfalls eine banale Wiederholung dessen ist, was im ersten echten Satz bereits in tadelloser Weise gesagt ist. Auch ist das Latein dieses Sätzchens so schlecht, daß es unmöglich von Ulpian geschrieben sein kann. Dies hat auch Mommsen eingesehen, indem er die Worte „semper“ und „ita“ streicht. Ich halte diese isolierten Streichungen jedoch für unzulässig, da lediglich kein Anhaltspunkt dafür vorliegt, daß der Glossator gerade nur diese Worte eingesetzt habe. Sehr verdächtig ist auch, daß es heißt: „itineribus vel via“, während Ulpian sicher geschrieben hätte „itineribus vel viis“; allein das Wort via ist überhaupt verdächtig, weil Ulpian sonst immer schreibt: „itinere actuque“.

Endlich möchte ich auch darauf hinweisen, daß § 3: „Annui temporis spatio conclusit usum“ offenbar an den Schluß des ersten Satzes: „quo interdictum redditur, usus non sit“ angeschlossen hat. Diese beiden Sätze, welche gemeinsam das Wort praetor zum Subjekt haben, sind zweifellos durch die beiden gestrichenen Sätze getrennt worden.

Und so wäre denn das Resultat der kritischen Untersuchung, daß das klassische römische Recht und speziell Ulpian bei dem interdictum de itinere actuque privato ebenso wie bei dem interdictum de aqua und de fonte ausnahmslos nur eine einzige fehlerlose Rechtsausübung (nec vi nec clam nec precario) im letzten Jahre verlangt hat. Und auf diesem Standpunkt ist auch — wenigstens was das Maß der Ausübung angeht — das neue bürgerliche Gesetzbuch angelangt, indem es im § 1029 den Besitzer eines Grundstücks, der in der Ausübung einer für den Eigentümer im Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit gestört wird, in der Ausübung derselben schützt, „soweit die Dienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Störung sei es auch nur einmal ausgeübt worden ist“.

II.

Usus violentus et clandestinus bei dem interdictum de itinere actuque privato.

Im titulus de itinere actuque privato D. 43, 19 ist zwar

viel die Rede davon, daß die Wegegerechtigkeit im letzten Jahre nec vi nec clam nec precario ausgeübt sein müsse, vergebens sieht man sich aber nach einer näheren Bestimmung dieses usus vitiosus um. Auch die tituli de aqua und de fonte D. 43, 20 und 43, 22 geben in dieser Beziehung keinerlei Aufschluß.

Nur fr. 3 pr. und § 1 D. de itinere actuque privato 43, 19 scheint etwas Näheres über den usus violentus et clandestinus bei dem interdictum de itinere zu sagen. Dieselben lauten:

Ulpianus libro septuagensimo ad edictum:

„Inde etiam illud Labeo scribit: si cum a me recte via utebaris, fundum vendidero, per quem utebaris, deinde emptor te prohibuit: licet clam videaris ab eo (F. adeo) uti, (nam qui prohibitus utitur clam utitur,) tamen interdictum tibi competere intra annum, quia hoc anno non vi non clam non precario usus es.

§ 1. Item sciendum est, non tantum eum clam via uti, qui ipse prohibitus utitur, verum eum quoque, per quem quis id ius retinebat, si eo prohibito, per quem retinebat, utatur. Plane si ignoravi, prohibitum et persevero uti, nihil mihi nocere dicendum est[1]).

Diese beiden Stellen sind indessen von den meisten Schriftstellern, welche über usus violentus et clandestinus bei dem interdictum de itinere actuque privato geschrieben haben, völlig ignoriert worden. Manche Schriftsteller, z. B. Burchardi, Lehrbuch des römischen Rechts II. Tl. S. 384, Puchta, Pandekten § 139, Puchta, Vorlesungen Bd. I S. 366, Savigny, Recht des Besitzes 7. Aufl. S. 486 begnügen sich damit, zu sagen, daß der usus kein violentus, clandestinus oder precarius sein dürfe. Keller, Pandekten S. 368 sagt, die vis als Fehler der Ausübung erfordere nicht körperliche Gewalt, es genüge vielmehr jeder

1) Bei Tipucitus (Basilic. Tom. V S. 203 ed. Heimbach sind diese Stellen folgendermaßen wiedergegeben. l. 3 pr.: Καὶ περὶ τοῦ, ἐὰν ᾧ ἐπώλησα τὸν ἀγρόν, κωλύσῃ σε χρῆσθαι τῇ ὁδῷ, ἣν ἔχεις δι' αὐτοῦ, καὶ λοιπὸν λάθρα χρήσῃ und § 1 καὶ τίσ δοκεῖ λάθρα χρῆσθαι· ὅταν ἄλλος ἢ αὐτὸς κωλυθῇ. καὶ εἰ ἠγνόει τὴν κώλυσιν καὶ ἐπιμείνῃ χρώμενος ἀνάγνωθι, πῶς οὐ βλάπτεται.

Widerspruch von der einen und dessen Nichtbeachtung von der anderen Seite. Zum clam facere werde nicht eine positive Vorkehrung zum Zwecke der Verheimlichung erfordert, sondern es genüge schon die Unterlassung einer Anzeige, wenn man Widerspruch vorhersehen konnte (S. 374).

Hasse im Rheinischen Museum Bd. II S. 304 ff. ist der Ansicht, daß die Grundsätze des interdictum quod vi aut clam zur Anwendung zu kommen haben. Die Servitut müsse ohne Hehl (non clam) nicht gegen Prohibition (non vi) und nicht precario ausgeübt sein. Außerdem müsse aber der Kläger zeigen, daß er vor den Leuten, also auch bei Tage, nicht bei Nacht gegangen, geritten, gefahren 2c. sei.

Busch, Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 31 S. 255, macht Hasse gegenüber geltend, daß etwas gar nicht heimlich und dennoch auch nicht öffentlich vorgenommen werden könne, so daß es zur Kenntnis anderer kommen müßte, man denke nur an das Servitutenrecht, bei großem Wasser, welches oft auch bei Nacht komme, die Schleußen des Unterwöhrs zu ziehen.

Elvers, die römische Servitutenlehre S. 746 ist der Ansicht, daß Hasse a. a. O. zu weit gehe, wenn er hinsichtlich der vitia possessionis das interdictum quod vi aut clam für maßgebend erachte. Wolle man ermitteln, wann Servituten vi oder clam possessae seien, so dürfe man nicht die letzteren Begriffe benutzen, sondern man müsse nach Analogie der Vorschriften verfahren, die feststellen, wann körperliche Sachen vi oder clam possessae sind.

Zielonacki, Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre nach dem römischen Rechte S. 194 verlangt nichtvitiösen Besitz, d. h. einen Erwerb, der weder vi noch clam noch precario geschah. Unter vis werde beides verstanden a) die Anwendung eines offenen Widerstandes, möge der Widerstand unmittelbar von dem Besitzer der Servitut oder von einem anderen Dritten mit dessen Willen in der Absicht ausgegangen sein, um die Einsprache des Eigentümers und damit die Unterbrechung der quasipossessio zu verhindern fr. 1 § 8 D. quod vi, 43, 24. b) solche Ausübung der Servitut, welche ungeachtet des Widerspruchs des Eigen-

tümers geschieht, also der Ungehorsam des Besitzenden gegenüber der Aufforderung des Eigentümers fr. 1 § 5, fr. 20 § 1 D. 43, 24 Das vitium der „clandestinitas“ [1]) fr. 3 § 7 und 8 D. eod. sei vorhanden, wenn der Eigentümer aus Unwissenheit, daß ein Anderer die Servitut ausübe, den Besitz derselben nicht unterbrechen könne. Die ignorantia des Eigentümers könne auf einem zweifachen Grunde beruhen, entweder darauf, daß die Handlung, durch welche die Servitut ausgeübt wird, an sich nicht geeignet sei, zur Wissenschaft desselben zu kommen, oder darauf, daß der Besitzer der Servitut die Ausübung derselben absichtlich verheimliche.

Hoffmann, die Lehre von den Servituten nach römischem Rechte S. 146 ff. verlangt, daß der Servitutenbesitzer bloß die äußere offene und friedfertige Ausübung der Servitut zu beweisen habe, dagegen habe der Gegner darzuthun, daß der Servitutbesitzer trotzdem in dem Glauben gestanden habe, die Person, welche von diesem für den Inhaber des zum Dienen bestimmten Grundstücks gehalten wurde, habe keine Kenntnis von der Ausübung der Servitut als Recht gehabt, wogegen dann dem Servitutbesitzer der Beweis wieder freigelassen werden müsse, daß er eine solche Wissenschaft auf Seiten der für den Inhaber gehaltenen Person erzeugt habe.

Unterholzner, Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre Bd. II S. 177 sagt, der Besitz dürfe namentlich weder gewaltsam, noch heimlich, noch vergönnungsweise (nec vi nec clam nec precario) ausgeübt sein und S. 174 „durch Gewaltthätigkeit und Einschleichung (vi et clam) könne zwar an und für sich der Dienstbarkeitsbesitz ebenfalls erworben werden rc.

Windscheid, Pandekten 7. Aufl. Bd. I § 213 Ziff. 3 lehrt: Der Besitz dürfe kein fehlerhafter gewesen sein, d. h. die Ausübung müsse offen, ohne Widerspruch des Eigentümers und nicht in Folge bloßer Vergünstigung geschehen sein. In der Note 5 daselbst führt Windscheid unter Bezugnahme auf l. 10 pr. D. si serv. vind. 8, 5 und l. 1 § ult D. de aqua et aquae pluviae

1) Clandestinitas wird zwar häufig von den modernen Juristen gegebraucht; es ist aber kein lateinisches Wort. Die Römer sprechen stets nur von clam uti oder usus clandestinus.

arcendae 39, 3 aus: „Daß hier unter vis nicht körperliche Vergewaltigung zu verstehen sei, zeige schon die Zusammenstellung mit dem clam; es kommen hier die Grundsätze des interdictum de itinere und des interdictum quod vi aut clam zur Anwendung".

Das Reichsgericht Entsch. Bd. 12 S. 175 = Seuffert, Archiv Bd. 40 Nr. 183 sieht als vis an die gegen ein, wenngleich nur formlos und außergerichtlich ausgesprochenes Verbot vorgenommene Einwirkung auf ein fremdes Grundstück. In der Entscheidung des R.G. Bd. I S. 104 ist ausgeführt, es liege kein innerer Grund vor, die Begriffsbestimmung der Gewalt, wie solche in den Gesetzen z. B. fr. 1 § 4—9, fr. 20 § 1 D. 43, 24 bei der Wiederherstellung des früheren, gewaltsam oder heimlich gestörten Zustandes eines Grundstücks gerichteten Klage (dem interdictum quod vi) gegeben wird, auf dieses Interdikt zu beschränken oder gar anzunehmen, daß die Gewalt — vis — bei der Servitutenersitzung eine andere Bedeutung habe als bei jenem interdictum.

Eine Berücksichtigung der oben angeführten beiden Stellen — fr. 3 pr. und § 1 D. 43, 19— habe ich indessen nur bei Albert, Ueber den Besitz unkörperlicher Sachen Nr. 1 Versuch einer ausführlichen exegetisch-praktischen Darstellung des possessorischen Interdictum de itinere actuque privato (1826) S. 59 ff. und Brinz, Pandekten I. Aufl. Bd. I S. 90 ff. gefunden.

Albert a. a. O. führt im Wesentlichen Folgendes aus:

Der gesetzliche Begriff von usus violentus setze von der einen Seite Widerspruch des Eigentümers gegen die Ausübung der Wegegerechtigkeit und von der anderen Seite eine gegen diesen Widerspruch geradezu geschehene widerrechtliche Durchsetzung dieser Ausübung oder doch eine von Seiten des angeblichen Servitutberechtigten geschehene gewaltsame Verhinderung der prohibitio, arg. l. 1 § 8 D. quod vi aut clam, 43, 24 voraus. Der Begriff von vi uti beim interdictum de itinere actuque privato unterscheide sich auch von dem bei dem interdictum quod vi aut clam vorkommenden Begriffe von vi facere und zwar deshalb, weil jenes facere sich auf ein opus beziehe und schon jedes Handeln gegen Widerspruch begreife.

Den usus clandestinus bestimmt Albert a. a. O. S. 67 im Allgemeinen dahin, es setze derselbe voraus, daß der Weg zwar im juridischen Sinne gebraucht, dieser Gebrauch jedoch hinter dem Rücken des Eigentümers des angeblich dienenden Grundstücks vorgenommen worden sei. Hierauf versucht Albert den Begriff von clam via uti aus den „Gesetzen“ näher zu entwickeln und festzustellen. Ulpian sagt er (S. 68), lehre in fr. 3 cit.: „qui prohibitus utitur, clam utitur“ und es müsse dieser Ausspruch ohne Zweifel so erklärt werden: „Wenn derjenige, welchem die Ausübung der Wegegerechtigkeit vom Eigentümer des fundus verboten worden sei, sich an das Verbot nicht kehre, so könne dieses Widerstreben auf zweifache Art geschehen, entweder auf die Weise, daß er die Ausübung auf der Stelle mit Gewalt durchführe oder so, daß er sie bloß hinter dem Rücken des Eigentümers fernerhin fortsetze. Von letzterem Falle rede hier Ulpianus, auf ersteren habe sich das vi uti bezogen. Derjenige, der sich eines usus violentus schuldig mache, zeige durch sein Benehmen offenbar, daß er sich an das Verbot des Eigentümers oder dessen Leute nicht kehre, wer dagegen in dem soeben gedachten Fall einen usus clandestinus unternehme, beruhige sich dem Anschein nach bei dem Verbote, setze aber dennoch den Gebrauch ohne Wissen des Verbieters fort. Sonach gehöre unstreitig zu dem usus clandestinus der Fall, wenn der Eigentümer gegen die Ausübung einen Widerspruch erhebe, der andere nun auch zwar die Ausübung nicht geradezu gegen diesen Widerspruch durchsetze, doch aber sich des Weges hinter dem Rücken des Verbieters ferner bediene.

Wie ferner die „Gesetze“ von demjenigen sagen „vi utitur“, welcher das Verbot gewaltsamer Weise verhindere, ebenso müsse auch wohl von demjenigen, welcher das Verbot listiger Weise zu verhindern wußte, das „clam utitur“ prädiziert werden. Man könne demnach zwei Fälle des usus clandestinus annehmen

1. den Fall, in welchem der Gebrauch des Weges verboten, doch aber hinter dem Rücken des Eigentümers fortgesetzt war,

2. den Fall, in welchem Jemand das Verbot des Eigentümers listig zu hintertreiben wußte.

Diese beiden Fälle erschöpfen nach den „Gesetzen“ den oben

angegebenen allgemeinen Begriff. Man könnte den usus clandestinus so beschreiben: „er bestehe darin, daß jemand zwar nicht gewaltsamer, doch aber hinterlistiger Weise die Ausübung der Wegegerechtigkeit durchgesetzt hatte".

Brinz a. a. O. sagt: Man möchte hinsichtlich der Bestimmung des usus violentus beim interdictum de itinere an Prohibitionen des belästigten Grundbesitzers denken, wie sie beim interdictum quod vi aut clam vorausgesetzt werden und aus ihnen das vi aut clam possidere ableiten wie dort (l. 1 § 5—11, l. 2, l. 3 § 7, l. 5 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24; allein in Bezug auf das interdictum de itinere heiße es schlechtweg: „qui prohibitus utitur, clam utitur" l. 3 pr. D. h. t. vgl. mit § 1 eod., während dort „si quis contra quam prohiberetur fecerit" — vi factum sei. Die Glosse zu l. 3 pr. cit. helfe durch Distinktionen:

> „prohibitus clam uti dicendus est, si dumtaxat tum utatur, cum id putet prohibentem ignorare, si autem prohibitus aperte illo sciente utatur, nihilominus vili pendens eius denuntiationem, iudicandus erit vi uti" —

und besser wisse er sich auch nicht zu helfen.

Hieraus erkennt man deutlich, daß auch Brinz diese Auslegung der Glosse nur für einen Notbehelf ansieht. Und in der That scheitert sowohl die Auslegung der Glosse als diejenige Alberts daran, daß das Sätzchen: „nam qui prohibitus utitur clam utitur" ganz allgemein spricht und durchaus keinen Anhaltspunkt zu den beliebten Einschränkungen und Distinktionen darbietet. Hätte Ulpian das ausdrücken wollen, daß ein clam uti auch nach der prohibitio möglich sei, dann hätte er sicher wie in fr. 11 § 5 D, 43, 24 gesagt: „interdum enim evenit, ut qui prohibitus utatur, clam utatur" oder „fieri enim potest ut etc.". Allein die einzig mögliche Auslegung, wonach der prohibitus stets clam ausübe, verbietet sich sofort durch die völlige Ungereimtheit ihres Inhalts. In dieser Allgemeinheit ist der Satz absolut falsch und steht in Widerspruch mit den Grundsätzen über clam bei dem interdictum quod vi aut clam; der Satz in der Einschränkung der Glosse und von Albert aber ist völlig unpraktisch. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks wäre doch sehr

übel daran, wenn er möglicherweise auch nach der prohibitio dem Gegner nachweisen müßte, daß derselbe clam ausgeübt habe, während doch das einzig Vernünftige und Praktische ist, daß ebenso wie bei dem Interdictum quod vi aut clam alle Ausübungshandlungen nach geschehener prohibitio „vi“ geschehen sind.

In der That sind die Begriffe von vi und clam, wie sie bei dem interdictum quod vi aut clam Geltung haben, auch auf den usus violentus et clandestinus bei dem interdictum de itinere voll und ganz anwendbar. Man hat auch bei den Titeln de itinere. de aqua und de fonte durchaus den Eindruck, daß Ulpian die Begriffe von vi und clam als durchaus bekannt voraussetzt und es als selbstverständlich annimmt, daß bei diesen Interdikten keine anderen Bestimmungen gelten, als bei dem interdictum quod vi aut clam.

Und welches sind nun diese Bestimmungen? Bei dem interdictum quod vi aut clam handelt derjenige vi, welcher gegen das Verbot des Interessenten, sagen wir des dominus vicini fundi, ein opus in solo errichtet bezw. es handelt derjenige vi, welcher durch Gewalt ein solches Verbot zu verhindern wußte.

fr. 1 § 5 D. quod vi aut clam D. 43, 24 (Ulpianus) „Vi factum videri, Quintus Mucius scribit, si quis contra quam prohiberetur fecerit: et mihi plena esse videtur Quinti Mucii definitio“ und § 8 eod: „eum quoque vi facere, qui cum sciret se prohibitum iri, per vim molitus est, ne prohiberi possit.“

Clam dagegen handelt, wer die prohibitio des Gegners befürchtet oder wenigstens befürchten mußte.

fr. 3 § 7 D. quod vi aut clam. (Ulpianus): „Clam facere videri, Cassius scribit eum, qui celavit adversarium neque ei denuntiavit, si modo timuit eius controversiam aut debuit timere“ und fr. 4 eod. Venuleius: „Servius etiam eum clam facere, qui existimare debeat, sibi controversiam futuram, (quia non opinionem cuius et resupinam existimationem esse opporteat[1]). ne melioris condicionis sint stulti quem periti.“

1) Die Worte: „quia non opinionem cuius et resupinam existimationem esse oporteat“ sind zweifellos unecht, was sich schon durch das unglaublich schlechte Latein verrät.

Das clam facere ist im Grunde genommen ein doloses Handeln hinter dem Rücken des Gegners, dessen Widerspruch man befürchtet; allein da man mit diesem strengen Erfordernis offenbar nicht auskommen könnte, so haben die Römer das clam facere auch auf diejenigen Fälle ausgedehnt, wo der faciens allerdings ohne dolus handelt, wo er aber als umsichtiger und überlegender Mann (als prudens paterfamilias) hätte wissen müssen, daß der Dritte, wenn er Kenntnis von dem facere hätte, prohibieren würde[1]). Auf der anderen Seite müßten dagegen gemäß dem Satze: „volenti non fit injuria“ alle diejenigen Fälle ausgenommen werden, in welchen zwar seitens des faciens der animus celandi vorlag, wo aber der Dritte von dem facere Kenntnis hatte und trotzdem nicht prohibierte[2]). fr. 5 § 3 D. quod vi aut clam, (Ulpianus):

Sed et Servius recte ait, sufficere feminae vel viro notum facere opus se facturum: vel denique sciente eo facere[3])

und fr. 7 § 2 D. 43, 24 (Ulpianus):

Cum is, qui opus novum nuntiat non possit videri celatus et praeoccupatus, antequam controversiam faceret.

Nach der prohibitio kann es bei dem interdictum quod vi aut clam nur noch ein vi facere geben, ein clam facere ist stets nur vor der prohibitio möglich. fr. 73 § 2 D. de R. J. 50, 17 (Quintus Mucius Scaevola): „Vi factum id videtur esse, qua de re quis cum prohiberetur, fecit: clam, quod quisque, cum controversiam haberet, habiturumve se putaret, fecit.“

Die römischen Juristen haben bei dem interdictum quod vi aut clam auch die Frage erörtert — ähnlich wie Albert und die Glosse — ob auch nach der prohibitio noch ein clam facere möglich sei und darauf hat Paulus in fragm. 20 § 2 D. 43. 24 die Antwort gegeben:

---

1) Aehnlich wie bei dem Vergehen der Hehlerei. „Wer seines Vorteils wegen Sachen, von denen er weiß, oder den Umständen nach annehmen muß, da sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft 2c. St.G.B. § 259.

2) Aehnlich wie beim Diebstahl mit Einwilligung des Besitzers.

3) Der Schluß des §: „quamquam etiam illud sufficiat, celandi animum non habere“ ist, weil damit etwas durchaus Unrichtiges gesagt würde, als Glossem zu streichen.

„Tamdiu autem vi facit prohibitus, quamdiu res in eodem statu permanebit: nam si postea convenerit cum adversario, desinit vi facere."

Den Fall, wo die conventio dahin ging „ne faceret" behandelt Ulpianus in fr. 11 § 5 D. 43, 24:

„Interdictum (nämlich quod vi aut clam) complectitur id, quodcumque aut vi aut clam factum est. Sed interdum evenit, ut quid et vi et clam fiat, partim et partim in eodem opere. ut puta cum prohiberem fundamenta posuisti; postea cum convenissemus, ne reliquum opus fiat, absente et ignorante me reliquum opus perfecisti: vel contra fundamenta clam jecisti, deinde cetera prohibente me aedificasti."

Es muß also, damit nach der prohibitio ein clam facere stattfinden könne, eine conventio zwischen den Parteien „ne opus reliquum fieret" eintreten. Hiedurch ist zwar die prohibitio insofern ihrer Wirksamkeit beraubt, als nunmehr das weitere facere nicht mehr als vi factum angesehen werden kann, dafür sind aber diese Handlungen um so mehr als clam geschehen zu betrachten. Und hiebei fährt der Gegner auch nicht schlechter, denn er braucht ja nur die prohibitio mit nachgefolgter conventio zu beweisen, um darzuthun, daß sein Gegner gewußt habe, daß das facere nicht geduldet werde und dieses deshalb clam erfolgt sei.

Nun läßt sich allerdings der Fall denken, wie ihn Albert und die Glosse konstruieren, daß der prohibitus sich der prohibitio anscheinend fügt, darauf aber doloser Weise hinter dem Rücken des prohibens mit facere fortfährt: allein gerade dieser Fall wird von Ulpianus in fr. 1 § 9 D. 43, 24 im Widerspruch mit Albert und der Glosse entschieden:

„Item Labeo dicit, si quem facientem prohibuero, isque destiterit in praesentia rerum[1]), rursusque postea facere coeperit, vi eum videri fecisse, nisi permissu meo facere coeperit, vel qua alia justa causa accidente."

Durch diese Stelle ist voll erwiesen, daß bei dem interdictum quod vi aut clam nach der prohibitio, sofern diese nicht durch

1) In praesentia rerum wird wohl zu lesen sein anstatt „praesentiarum", wie Mommsen liest.

die Erlaubnis des Gegners außer Wirksamkeit gesetzt war, nur ein vi facere möglich ist.

Erwägt man nun, daß die Begriffe von vi und clam, wie sie bei dem interdictum quod vi aut clam gelten, ohne weiteres auch auf die interdicta de itinere, de aqua und de fonte passen und allen praktischen Anforderungen entsprechen, erwägt man ferner, daß der Satz: „nam qui prohibitus utitur clam utitur" in seiner Allgemeinheit durchaus falsch und in der Einschränkung von Albert und der Glosse ganz und gar unpraktisch ist und mit der Ansicht von Ulpian in fr. 1 § 9 D. 43, 24 in unlöslichem Widerspruch steht, erwägt man endlich, daß Ulpian, wenn er den Satz „nam qui prohibitus utitur, clam utitur" sei es allgemein, sei es mit Einschränkungen aufstellen wollte, dies gewiß nicht in parenthesi gethan, sondern ihn besonders begründet und die Abweichung von dem interdictum quod vi aut clam dargethan hätte, so muß man zu der Ueberzeugung kommen, daß dieses Sätzchen nicht von Ulpian herrühren kann.

Ohne Zweifel hat der Glossator, von dem das Sätzchen: „nam qui prohibitus utitur, clam utitur herrührt, das fr. 3 pr. cit. nicht verstanden und in oberflächlich-sinnloser Weise aus den Worten: „licet clam videaris ab eo uti" den Schluß gezogen: „nam qui prohibitus utitur clam utitur".

Diese Stelle muß aber so übersetzt werden: „Wenn ich, während du mir gegenüber die Wegegerechtigkeit fehlerlos ausübtest, das dienende Grundstück verkauft habe und der Käufer dich prohibierte, so steht dir selbst in dem Falle das Interdikt zu, daß du ihm (dem Käufer) gegenüber clam ausgeübt haben solltest, weil du (abgesehen davon) im letzten Jahre (mir gegenüber) nec vi nec clam nec precario ausgeübt hast." Hier ist von Ulpian also der Fall unterstellt, daß der Eigentümer des angeblich herrschenden Grundstücks in der Zwischenzeit zwischen dem Verkauf des fundus serviens und der prohibitio durch den emptor die Wegegerechtigkeit clam ausgeübt hat. Denn gerade beim Besitzwechsel kann es ja leicht vorkommen, daß der neue Erwerber von der auf dem fundus emptus ruhenden Weglast nichts weiß und daß er von den Ausübungsakten des Gegners zunächst nichts erfährt.

Dabei fragt es sich dann, ob diese zwischen dem Erwerb des fundus serviens und der später erfolgten prohibitio mitten inne liegenden Ausübungsakte clam erfolgt sind oder nicht. Der Eigentümer des angeblich herrschenden Grundstücks kann dabei ebenso wie dem Vorbesitzer gegenüber den Weg durchaus offen (palam) benützt haben, er braucht auch gar nicht den animus celandi gehabt zu haben und dennoch ist seine Ausübung dann als clam geschehen anzusehen, wenn er sich nach Lage der Sache hätte sagen müssen, daß der neue Erwerber, wenn er von der Ausübung Kenntnis hätte, prohibieren würde.

„Si aut timuit controversiam adversarii aut debuit timere."

Aber trotz dieser dem neuen Erwerber des fundus serviens gegenüber vorgekommenen klandestinen Ausübung steht dem Eigentümer des praedium dominans das Interdikt deshalb zu, weil er innerhalb des annus interdicti das Wegerecht wenigstens dem venditor gegenüber recte ausgeübt hat. Das stimmt dann auch durchaus mit dem vorangehenden fr. 1 § 12:

> Si quis supradicto tempore anni non vi non clam non precario itinere usus sit, verum postea vi[1]) sit usus vel clam precariove, videndum est an ei noceat. Et magis est, ut nihil ei noceat, quod attinet ad interdictum[2]).

In fr. 3 pr. ist dann ein Spezialfall angeführt, worauf schon die Partikel „inde" hinweist.

Ist aber der Passus: „nam qui prohibitus utitur clam utitur" als nicht von Ulpian herrührend zu streichen, so folgt daraus unmittelbar, daß auch § 1 unecht sein muß; denn dieser § 1 ist nur mit Rücksicht auf jenes ominöse Sätzchen geschrieben worden und rührt offenbar von demselben Glossator her. Uebrigens ergiebt sich die Unechtheit des § 1 schon aus dem außerordentlich schlechten Latein. Auch Mommsen ist diese Stelle verdächtig, denn er sieht sich veranlaßt, sie dahin zu verbessern:

> „verum eum quoque, qui per quem id ius retinebat, eo prohibito utatur."

Allein auch so bleibt das Latein höchst fragwürdig und weicht

1) Siehe oben Anm. 6.

2) Bei der Ersitzung kann dieser usus vitiosus allerdings schaden.

durchaus von der schönen und klaren Schreibweise Ulpian's ab, wie es uns z. B. in den schönen Ausführungen in fr. 1 § 11 und 12 h. t. erscheint. Geradezu fehlerhaft ist es, wenn es heißt: „Item sciendum est, non tantum eum clam via uti, qui ipse prohibitus utitur", während doch die oratio obliqua „utatur" verlangt.

Im Schlußsatz des § 1:

„Plane si ignorvavi prohibitum et persevero uti, nihil mihi nocere dicendum est"

müßte es unbedingt heißen „me prohibitum", auch müßte auf „si", wie es die Regel bei Ulpian ist, der Konjunktiv mit ignoraverim und darauf perseverem folgen.

Streicht man den § 1, dann schließt der § 2:

„si quis ab auctore meo etc."

sehr gut an das principium an und man hat das Gefühl, daß durch die vorgenommene Streichung durchaus nichts juristisch Wertvolles in Wegfall gekommen ist.

III.

Ueber das Erfordernis der bona fides bei dem interdictum de aqua cottidiana et aestiva.

Fr. 1 § 9 und 10 § 19 D. de aqua 43, 20 lauten:

Ulpianus libro septuagensimo ad edictum: § 9: Et qualiter[1]) sit constitutum ius aquae, dicendum est, hoc interdictum locum habere. § 10: Sed etsi iure aqua non debetur alicui, si tamen iure ducere se putavit, cum non in iure sed in facto erravit, dicendum est, eoque iure utimur, ut interdicto hoc uti possit: sufficit enim, si iure se ducere putavit nec vi nec clam nec precario duxit. § 19: Aristo putat, eum demum interdictum hoc habere, qui se putat suo iure uti, non eum qui scit, se nullum ius habere et utitur.

Auf Grund dieser Stellen hat man bis jetzt ganz allgemein angenommen, daß bei dem interdictum de aqua ausnahmsweise bona fides bei der Rechtsausübung erforderlich sei.

1) Haloander liest „qualiterqualiter".

Vgl. z. B. Windscheid, Pandekten 7. Aufl. Bd. I § 164 Ziff. 3 b und Anm. 11. Dernburg, Pandekten 2. Aufl. S. 621. Brinz, Pandekten 1. Aufl. Bd. I S. 92 und 2. Aufl. Bd. I S. 803. Puchta, Pand. § 139. Arndts, Pand. § 192 Ziff. 2 b.

Brinz sagt in der ersten Auflage: auch hier sei nicht jus (aquae) sondern nur ein usus gefordert; aber über den Buchstaben des Interdikts, soweit wir ihn kennen, gehen die Kommentare auffällig hinaus und in der zweiten Auflage sagt er, es werde bei diesem Interdikt nur eine einmalige fehlerfreie Rechtsausübung im letzten Jahre verlangt, dagegen werde den Kommentaren zu Folge plötzlich guter Glaube gefordert. Damit war dieser scharfsinnige Jurist auf der richtigen Spur; noch ein Schritt weiter und er hätte entdecken müssen, daß die angeführten Stellen unechte Einschiebsel sind und unmöglich von Ulpian herrühren können. Dies nachzuweisen ist unsere Aufgabe.

Die Interdiktsworte im pr. des fragm. 1 h. t.

„Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi non clam non precario ab illo duxisti, quominus ita ducas, vim fieri veto“ enthalten von dem Erfordernis der bona fides nicht eine Spur. Bei den ganz ähnlich lautenden Interdicta de itinere actuque privato und de fonte ist dieses Requisits ebenfalls nicht Erwähnung gethan; durch fr. 1 § 3 D. de fonte sind alle drei Interdikte in Bezug auf die persönlichen Erfordernisse einander gleichgestellt: wie soll also, muß man unwillkürlich fragen, Ulpian dazu gekommen sein, bei dem Interdictum de aqua plötzlich das Erfordernis der bona fides aufzustellen? Und doch ist dieses Erfordernis etwas dem Interdiktenprozeß gänzlich fremdes! Das Allerschlimmste aber ist, daß durch das Erfordernis des guten Glaubens unvermeidlich die Rechtsfrage mit der Besitzfrage vermengt wird; denn man kann es dem Kläger, der seine bona fides darthun will, nicht verwehren, ja er ist geradezu genötigt, auf die Entstehung und den Rechtsgrund des von ihm behaupteten Servitutenrechts einzugehen. Geschieht das aber, so sieht man nicht ein, wozu noch das interdictum de aqua dienen soll, da ja die Actio confessoria die gleichen Dienste thun würde. Ja diese wäre insoferne noch vorteilhafter, als durch

sie, ohne daß die Besitzmängel des nec vi, nec clam, nec precario in Betracht kämen, sofort definitiv über das Servitutenrecht entschieden würde.

Daß eine solche Verquickung der Rechts- und Besitzfrage die notwendige Folge des Erfordernisses der bona fides wäre, zeigt auch ganz deutlich der citierte § 9. Denn hier ist unzweideutig gesagt, es komme gar nicht darauf an, auf welche Art das ius aquae konstituiert wurde, wenn nur überhaupt ein Konstitutionsakt, also mancipatio oder in iure cessio vorliege. Ebendamit würde aber die constitutio des ius aquae als eine Voraussetzung des Interdikts dargestellt und es hätte sich damit Ulpian mit seiner eigenen Auffassung in fr. 1 § 44 D. h. t. in einen schneidenden Widerspruch gesetzt; denn in dieser Stelle spricht Ulpian mit aller Deutlichkeit aus, daß das interdictum de aqua präparatorischer Natur und daß für die Erörterung der Rechtsfrage im Interdiktsverfahren kein Raum sei. Auch ist zu bedenken, daß es doch höchst sonderbar wäre, wenn die Römer bei dem bloßen Besitzesschutz die bona fides verlangt, dagegen bei der Ersitzung von diesem Requisit abgesehen hätten.

Die von mir angeführten Gründe würden m. E. vollständig genügen, die citierten Stellen als unecht auszumerzen: es sind jedoch für deren Unechtheit auch die gewichtigsten äußeren Gründe vorhanden.

Das Latein in den bemängelten Stellen ist außerordentlich schlecht und weicht durchaus von der gewohnten Schreibweise Ulpians ab. Zunächst fällt auf, daß auf „sed etsi“ und „si tamen“ im § 10 der Indikativ folgt, während bei Ulpian der Konjunktiv die Regel bildet. Das Gleiche ist bei „cum“ der Fall. Es müßte also heißen: etsi debeatur, si tamen putaverit, cum non erraverit. Ganz auffällig und fehlerhaft ist aber, daß auf „dicendum est“ nicht der Accusativ cum Infinitiv, sondern die Konstruktion mit ut folgt[1]). Man darf auch nicht einwenden, daß das ut sich

1) Ueber dicendum est mit dem Akkusativ cum Infinitiv vergl. z. B. fr. 5 § 1, fr. 13 § 25, D. 19, 1. fr. 2 D. 36, 1. fr. 23 § 2 D. 41, 1. fr. 40 § 1 D. 41, 2. fr. 4 § 6 u. 9 D. 41, 3. fr. 3 § 1. fr. 3 § 3 D. 43, 5. fr. 1 § 18, 32 u. 34. D. 43, 16, fr. 3 § 8 D. 43, 21. fr. 3 § 3 D. 43, 24,

auf die Parenthese: „et hoc iure utimur“ beziehe; denn wenn dies der Fall wäre, so stünde ja das dicendum völlig in der Luft. Auch ist zu beachten, daß „dicendum est“ und „eoque iure utimur“ unmöglich zusammengeht. Mit „dicendum est“ drückte nämlich Ulpian mit Entschiedenheit seine subjektive Ansicht aus, während mit „eoque iure utimur“ gesagt wäre, daß es sich um singuläres, auctoritate iura constituentium eingeführtes Recht handle. „Dicendum est“ und „eoque iure utimur“ schließen einander also gegenseitig aus. Es ist ferner ein logischer Widerspruch zu sagen: „si iure ducere se putavit nec precario duxit“; denn es kann Jemand zwar trotz seines guten Glaubens die Wasserleitungsgerechtigkeit vi oder clam, nicht aber auch precario ausüben. Wenn Jemand trotz seines guten Glaubens, daß er servitutberechtigt sei, den Eigentümer des dienenden Grundstücks vergünstigungsweise um die Gestattung der Rechtsausübung ersucht, so verzichtet er damit indirekt überhaupt auf sein Recht und sein guter Glaube erlischt in demselben Momente.

Endlich ist noch darauf hinzuweisen, daß im Schlußsatze des § 10 „sufficit“ mit si, anstatt, wie es regelmäßig von Ulpian geschieht, mit dem Infinitiv konstruiert ist[1]).

Auch § 19 verrät sich schon durch sein außerordentlich schlechtes Latein als Glossem. Auch hier fällt sofort auf, daß auf Aristo putat im abhängigen Nebensatz der Indikativ folgt, also qui se putat anstatt qui se putet. Zudem ist das suo gänzlich über-

— Dicendum est mit ut habe ich gefunden in fr. 2 § 12 D. 41, 4. fr. 16 D. 43, 16. fr. 2 i. f. D. 43, 23. In allen drei Fällen sind Glosseme vorhanden. Ganz sicher ist dies bei fr. 16 D. 43, 18. Hier ist dicendum est ut zu streichen und am Schlusse tenetur statt teneatur zu lesen, so daß die Stelle also lautet: „In interdicto unde vi ejus causa, quod ad patrem pervenit, ipse tenetur.

1) Sufficit steht regelmäßig mit Infinitiv so z. B. fr. 1 § 3, fr. 20 pr., fr. 38 D. 6, 1. fr. 3 pr. D. 43, 16. fr. 1 § 4 D. 43, 19. fr. 1 § 22, D. 43, 20. fr. 1 § 19 D. 43, 21. Ferner Ulp. fragm. II § 3, VII § 4, XXVIII § 12 Collat. VII, 3 § 1. Mit si ist sufficit konstruiert in fr. 5 § 4 D. 43, 24, fr. 4 § 11 D. 41, 3 (hier ist es durch die Konstruktion gefordert) fr. 59 pr. D. 42, 1.

flüssig, da es genügte zu sagen „qui putet se iure uti“. Ganz außerordentlich schlecht ist das Latein in dem Sätzchen: „non eum qui scit, se nullum (!) ius habere et utitur“. Ulpian hätte doch sicher geschrieben: non eum qui, quamvis sciat, ius sibi non competere, utatur. Und dann — wie käme Ulpian, nachdem er im § 10 davon gesprochen, daß das Erfordernis der bona fides singuläres Recht sei, dazu, den Aristo als Vertreter einer subjektiven Ansicht aufzuführen?!

Der wie mir scheint durchschlagende Grund für die Unechtheit der von mir beanstandeten §§ 9. 10. 19 liegt aber darin, daß durch dieselben der Zusammenhang der Ulpianischen Darstellung in einer gänzlich ungerechtfertigten Weise durch völlig Fremdes unterbrochen wird. Wie man sieht, handelt Ulpian in den §§ 3—8 fr. 1 D. 43, 20 ausschließlich von der aqua im objektiven Sinne. Dasselbe ist der Fall mit den §§ 11—17 incl. Demnach wird durch die §§ 9 und 10 die Erörterung Ulpian's über aqua im objektiven Sinne in einer ganz unmotivierten Weise durch eine Untersuchung über die bona fides unterbrochen.

Der § 18 ist offenbar eine lex fugitiva, da er nicht von der Wasserleitungsgerechtigkeit, sondern von dem interdictum de fonte, speziell von dem pecoris ad aquam adpulsus handelt. Daß diese Stelle von Ulpian selbst hiehergesetzt worden sei, ist ausgeschlossen, da die römischen Juristen sich solche Nachlässigkeiten der Darstellung nie zu Schulden kommen ließen und Ulpian selbst in fr. 1 § 1 D. de fonte 43, 22 sehr bestimmt zwischen aquaeductus und haustus bezw. pecoris ad aquam appulsus unterscheidet. Wie mir scheint, haben die Kompilatoren diesen § 18 mit Absicht hiehergesetzt, da er sich ohne Zwang mit dem einen ähnlichen Fall bei dem interdictum de aqua behandelnden § 17 verbindet und eine hübsche Ueberleitung zum § 20 bildet, welcher von dem Einfluß einer Mischung von vitiöser und nicht vitiöser Rechtsausübung im letzten Jahre handelt. Auch § 19 steht vollständig unvermittelt zwischen den §§ 18 und 20. Und zweifellos hat der § 20 ursprünglich an § 19 angeschlossen und zwar so, daß § 20 mit den Anfangsworten des § 19 „Aristo putat“, welche echt sind, begann

und fortfuhr: „eum qui hoc anno aquam duxerit nec vi nec clam nec precario et eodem anno vitiose (usus est)[1]).

Hienach führt auch die Textkritik zu dem Resultat, daß die §§ 9, 10 und 19 unseres Fragments offenbar unecht sind, jedenfalls nicht von Ulpian herrühren und daß im klassischen Römischen Rechte niemals der Satz gegolten hat, daß das Interdictum de aqua die bona fides des Klägers voraussetze.

IV.
Interpolationen oder Glosseme?

Motto: „O glaube mir, der manche tausend Jahre
„An dieser harten Speise kaut,
„Daß von der Wiege bis zur Bahre
„Kein Mensch den alten Sauerteig verdaut."
Göthe, Faust.

Durch die gründlichen Untersuchungen von Amann[2]), Gradenwitz[3]), Kalb[4]), Eisele[5]), dürfte es völlig außer Zweifel gestellt sein, daß wir es in den Pandektenfragmenten durchaus

1) usus est — gestrichen.

2) Julius Amann, Die Grundsätze der heutigen Pandektenkritik geprüft an der s. g. Lex Gallus 1878 und dazu die Kritik von Brinz in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 20 (N. F. Bd. 1) S. 177 ff. und von Johs. Merkel in der Jenaer Litteraturzeitung Jahrgg. 1879 S. 34 ff. —

3) Otto Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten 1887.

4) Wilh. Kolb, Das Juristenlatein, 2. vermehrte Ausgabe 1888.
Derselbe, Roms Juristen 1890.
Derselbe, Die Jagd nach Interpolationen in den Digesten, Programmabhandlung des Kgl. alten Gymnasiums in Nürnberg für das Studienjahr 1896/97.

5) Fridolin Eisele, Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte 1896.

Weitere Litteratur: Cohnfeld, Die s. g. irregulären Servituten nach römischem Recht 1862 (Emendation des fr. 14 § 3 D. de alim. leg. 34, 1); Amann, Kritische Studien 1873; ders. über den Begriff des procurator und des mandatarius 1879 (Emendation des fr. D. mandati 17,1); Rudolf v. Ihering in den Jahrbüchern für Dogmatik Bd. XII S. 330 ff.; E. Huschke, Zur Pandektenkritik, ein Versuch, sie auf festere wissenschaftliche Grundsätze zurückzuführen; Franz Lipp, Beitrag zur Lehre vom Trödelkontrakt 1880; H. Appleton, des Interpolations dans les Pandectes 1895.

nicht mit dem reinen Texte der klassischen römischen Juristen zu thun haben, daß diese Fragmente vielmehr durch massenhafte unechte Zuthaten verunreinigt sind. Bei einem Teile derselben läßt sich auch die Herkunft mit genügender Sicherheit nachweisen, nämlich bei den s. g. emblemata Triboniani. Wie bekannt, hat der Kaiser Justinianus die Kompilatoren angewiesen, durch diese Auszüge aus den Schriften der klassischen Juristen das geltende, für die gegenwärtige Anwendung taugliche Recht darzustellen, das Veraltete zu beseitigen, die vorhandenen Widersprüche zu entfernen und mit den einzelnen Auszügen diejenigen Veränderungen vorzunehmen, die zu diesem Zwecke für notwendig erachtet würden[1]). Diese Textveränderungen sind zumeist unschwer zu erkennen; sie verraten sich schon durch ihren Stil, der stets das Gepräge der Justinianischen Diktion an sich trägt. Dieser Umstand veranlaßte Gradenwitz, Kalb, Eisele u. a. schlankweg alle unechten Bestandteile der Pandektenfragmente den Kompilatoren zur Last zu legen. Dabei wird aber übersehen, daß es sehr viele solcher unechten Bestandteile giebt, welche keineswegs die Merkmale der Justinianischen Schreibweise an sich tragen und daß die Glosseme so massenhaft sind — Amann veranschlagt sie, und wie mir scheint mit Recht, auf ca. $^1/_{16}$ des ganzen Textes der Florentina[2]) — daß man unmöglich annehmen kann, die Kompilatoren, deren Zeit ohnedies knapp genug bemessen war, haben sich auch noch die Mühe genommen, eine solch' große Menge von „Luxusinterpolationen", wie Eisele[3]) sie nennt, einzufügen. Wenn man den Kompilatoren zur Last legt, daß sie auch die fast unzähligen „Luxusinterpolationen" verbrochen haben, so thut man ihnen entschieden Unrecht. Man übersieht, daß sie, abgesehen von der mangelnden Zeit, zu solchen unnötigen Einschiebseln, welche mit der Anpassung des alten Rechtes an das neue lediglich nichts zu thun haben, weder Auftrag noch Erlaubnis hatten. Wir werden daher bei allen denjenigen unechten Bestandteilen, welche das Merkmal der Anpassung des alten Rechtes an das neue nicht an sich

1) Vgl. Puchta, Kursus der Institutionen 9. Aufl. Bd. I S. 392.
2) Amann, lex Gallus S. 181.
3) Eisele, Beiträge S. 225.

tragen, „bei welchen mitten in den herrlichsten Deduktionen der Klassiker Gedanken auftreten, die recht schwächlich, worunter sogar solche, die ganz verkehrt sind und bei denen man sich mit Gradenwitz fragen muß, ob denn der Klassiker zu Zeiten von allen guten Geistern verlassen gewesen oder ob sich etwa manchmal Tribonian da ausbreite, wo eben noch Papinian sich seine inhaltsschweren Worte abgerungen hatte" — nicht ohne weiteres mit Gradenwitz[1]) die Antwort geben dürfen: „Sapit Tribonianum", sondern wir werden solche Stellen im Zweifel für Glosseme erklären müssen, die auf sonstige Weise in den Digestentext hineingekommen sind. So kommt denn auch vielen unechten Stellen, welche Gradenwitz, Eisele und Kalb wegen der darin vorkommenden Justinianismen für Interpolationen der Kompilatoren halten, diese Eigenschaft nicht zu, vielmehr sind es eigentliche Glosseme. Wenn ein großer Teil der unechten Bestandteile der Fragmente Redewendungen und Ausdrücke, wie sie Justinian eigentümlich sind, enthält, so ist das noch lange kein Beweis dafür, daß dieselben von Tribonian und den Kompilatoren herrühren; denn es ist sehr wohl möglich, daß solche Glosseme kurz nach der Promulgation der Digesten als Randglossen zu dem Gesetzestext entstanden und dann war es nur natürlich, daß deren Verfasser sich der damals üblichen Gesetzes- und Kanzleisprache[2]) bediente. Man wird also m. E. nur da Interpolationen der Kompilatoren annehmen dürfen, wo diese offenbar Anlaß und Grund hatten, den Text der klassischen Juristen abzuändern, um das alte Recht mit dem modernen justinianischen Recht in Einklang zu bringen.

Besonders möchte ich noch der Annahme von Gradenwitz[3]) entgegentreten, als ob über das 39. Buch der Digesten hinaus keine Interpolationen mehr vorkommen, „weil da schon der Gedanke Platz gegriffen habe, diese Gesetze in einem neuen Codex unterzubringen". Ich weiß nun nicht, ob sich vom 39. Buche der Digesten

1) Gradenwitz, Interpolationen S. 10.

2) Kolb, Jagd nach Interpolationen S. 17: „Andererseits ist anzunehmen, daß der Kanzleistil einen gewissen einheitlichen Charakter trug, wie ihn die damalige Mode aufprägte".

3) Gradenwitz a. a. O. S. 10.

ab noch eigentliche Interpolationen vorfinden; wenn aber Gradenwitz der Ansicht sein sollte, daß es vom 39. Buche ab überhaupt keine unechten Bestandteile, keine Luxusinterpolationen mehr gebe, so müßte ich einer solchen Behauptung mit aller Entschiedenheit widersprechen. Denn nicht nur erschiene dieselbe durch die in diesem Schriftchen nachgewiesenen Glosseme widerlegt, sondern ich kann auch mit aller Bestimmtheit versichern, daß auch in diesem letzten Fünftel der Digesten ebenso massenhaft Glosseme enthalten sind, wie in den vorangehenden Büchern. So strotzen z. B.

Dig. 41, 1, de adquirendo rerum dominio
„ 41, 2, de adquirenda vel amittenda possessione
„ 41, 3, de usurpationibus
„ 43, 19, de itinere actuque privato
„ 43, 20, de aqua cottidiana et aestiva
„ 43, 24, Quod vi aut clam
„ 45, 1, de verborum obligationibus
„ 42, 2, de duobus reis constituendis

von Glossemen.

Eine schlagende Widerlegung der Ansicht von Gradenwitz und Gen., „als ob alle unechten Bestandteile der Pandektenfragmente, Interpolationen Tribonians seien", liegt in der von Amann meisterhaft emendierten s. g. Lex Gallus fr. 29 D. 28, 2. Die Annahme, als ob die Kompilatoren sich die Mühe genommen hätten, diese äußerst schwierige Stelle noch extra und zwar in so ausgedehntem Maße zu kommentieren, ist m. E. vollständig ausgeschlossen; vielmehr ist aus dem Vorhandensein dieser zahlreichen unechten Bestandteile der Schluß zu ziehen, daß dieselben entweder schon in dem oder den von den Kompilatoren benutzten Manuskripten gestanden haben, oder daß sie nach der Promulgation der Digesten in den Gesetzestext hereingekommen sind.

Mehrere Schriftsteller sind denn auch der Ansicht, daß abgesehen von den nachweisbaren Tribonianischen Interpolationen die eigentlichen Glosseme aus den Handschriften, welche die Kompilatoren verwendeten, in den Text der Digesten herübergenommen worden seien.

So hat Rudolf von Jhering in seinen Jahrbüchern für

Dogmatik Bd. XII S. 330 die Behauptung aufgestellt, daß sich schon in dem handschriftlichen Material, das die Kompilatoren vor sich hatten, Fehler befunden haben, die durch letztere legalisiert von den Basiliken in unseren Handschriften übereinstimmend fortgepflanzt seien.

Diese Annahme findet auch Franz Lipp, Beitrag zur Lehre von dem Trödelkontrakt (1880) nicht unwahrscheinlich. Er sagt S. 23: „So liegen zwischen dem Tode des Domitius Ulpianus (228 n. Chr.) und der justinianischen Kodifikation über 300 Jahre und es wäre geradezu wunderbar, wenn sich im Laufe dieser langen Zeit nur mehr die kleinen Versehen und gewöhnlichen Flüchtigkeitsfehler, welche den Abschreibern auf Rechnung zu setzen sind, in den Text der Handschriften eingeschlichen hätten; war doch die Wissenschaft, „in welcher der alte Römergeist seine höchsten Triumphe gefeiert", gerade in jener Zeit so tief gesunken, daß die Bildung der Richter nicht einmal mehr ausreichte, sich bei widersprechenden Ansichten der klassischen Juristen ein selbständiges Urteil zu bilden und darum der Kaiser Valentinianus III. mit seinem merkwürdigen Citiergesetz zu Hilfe kommen mußte. Wie viele schwere Irrtümer und grobe Verstöße gegen den richtigen Sinn der klassischen Rechtssätze, die man nicht mehr erfassen konnte, mögen da in der Form der Paraphrasen und Interpretationen aus Randglossen in den Text der Manuskripte gekommen sein, sich von Handschrift zu Handschrift vererbt haben, um endlich in den Digesten unter falscher Flagge neben den Goldkörnern klassischer Jurisprudenz ein bisher ungestörtes Dasein und unverdiente Achtung zu genießen."

E. Huschke, zur Pandektenkritik, ein Versuch, sie auf festere wissenschaftliche Grundsätze zu stellen (1875), S. 12 kommt zu dem Resultat, es kämen in den Digesten wie nur außerordentlich wenige und ganz kurze, so auch ausschließlich solche Interpolationen vor, die bereits in den von den Kompilatoren benützten Handschriften gestanden haben.

Die Ansicht von Huschke, daß nur außerordentlich wenige und ganz kurze Interpolationen in den Pandekten vorkommen, darf man auf Grund des heutigen Standes der Pandektenforschung als unhaltbar bezeichnen: im Gegenteil, die Interpolationen, oder besser

gesagt, Glosseme, sind äußerst zahlreich und zum Teil von bedeutendem Umfang. Die Ansicht von Ihering-Lipp-Huschke, daß die Glosseme schon in dem von den Kompilatoren benützten Manuskripte gestanden haben, wird aber durch die Thatsache widerlegt, auf die bereits Amann Lex Gallus Vorw. S. 8 hingewiesen hat, daß die Institutionen des Gajus, die sententiae receptae des Paulus und die Fragmenta Ulpiani vergleichsweise in sehr reinem Zustande auf uns gekommen sind. Auch läßt sich wie Amann a. a. O. ausführt, wohl annehmen, „daß die Kompilatoren vermöge ihrer gemeinsamen Thätigkeit bei Abfassung des Gesetzbuchs auf die durch solche fremdartige Einschiebsel bedingten Mängel des juristischen Gedankens und seines Ausdrucks aufmerksam geworden und dann gewiß zum Zwecke seiner Ausmerzung zur Vergleichung verschiedener Handschriften, die ihnen wohl durchschnittlich zu Gebote standen, geschritten wären".

Stammen aber die unechten Teile der Digesten — abgesehen von den sicher nachzuweisenden emblemata Triboniani — im wesentlichen nicht aus den von den Kompilatoren benutzten Manuskripten, so verbleibt nur noch die Möglichkeit, daß die Glosseme nach der Promulgation der Digesten von unberufener Hand deren Text einverleibt wurden. Diese Ansicht vertritt mit Entschiedenheit Amann in seiner Lex Gallus. Seite 5 des Vorworts sagt er hierüber: „Bekanntlich habe Justinian nur die Paraphrasierung seines Gesetzbuches gestattet, auch sei das Verständnis für die äußerst bündig geschriebenen Produkte der klassischen Jurisprudenz bei den Rechtsgelehrten seiner Zeit, die sich wohl weder durch gründliche Kenntnis des Latein, besonders der römischen Juristen, noch durch einen auch nur entfernt dem dieser gleichkommenden Scharfsinn auszeichnen mochten, gewiß nur ganz mäßig entwickelt gewesen. Was habe nun unter solchen Umständen näher gelegen, als daß einzelne Interpreten, vielleicht Professoren Justinians, die Anwendbarkeit des in fremder Sprache geschriebenen Gesetzbuchs durch Randbemerkungen besonders zu den wichtiger und schwieriger erscheinenden Stellen zu erleichtern suchten?"

Wie soll man sich aber die Aufnahme solcher Randglossen in den Digestentext vorstellen? Amann a. a. O. S. 187 ist der

Ansicht, daß dieselben, herrührend von einem geistlosen und der lateinischen Sprache nicht mächtigen Interpreten, später als Ergänzungen des Textes angesehen und in diesen selbst versetzt wurden. Man wird, möchte ich hinzufügen, vermuten dürfen, daß ein solcher Interpret, sagen wir ein Professor Justinians, bei der Anfertigung einer neuen als Handexemplar bestimmten Digestenabschrift die von ihm herührenden oder vorgefundenen Randglossen in den Text herein nehmen ließ und daß man dann später, vielleicht nach dem Tode des Professors, diesen nicht unerheblich vermehrten Digestentext für den wahren Urtext ansah und denselben den weiteren Abschriften zu Grunde legte. Dafür, daß diese Annahme, wenn dafür auch keine äußeren Anhaltspunkte vorliegen, doch nicht unwahrscheinlich ist, erlaube ich mir, mich auf die Autorität von Brinz in seiner Kritik des Amann'schen Buches: Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 20. N. F. Bd. 1 S. 179 zu berufen. „Unmöglich, sagt er, ist, was Amann behauptet, in keiner Richtung. Zwar wird es uns schwer zu denken, wie jene nachträglichen Interpolationen in den Hauptquellen der Pandektenüberlieferung gleichmäßigen Eingang gefunden haben sollen, und Amann selbst hat sich hiebei nicht länger aufgehalten; aber rätselhafter als manches andere in dieser Ueberlieferung, als z. B. das Verhältnis der Vulgathandschriften zu der Florentina, wäre jener Prozeß gleichwohl nicht. Und wenn wir ihn schlechterdings nicht erklären könnten: es wäre nicht das erste Mal, daß wir Thatsachen hinnehmen müssen, welche wir nicht erklären können."

Die Annahme Amanns von der nachträglichen Aufnahme der Glosseme in den Digestentext scheint mir durch die von mir nachgewiesenen Glosseme in fr. 1 § 2, fr. 3 pr. und § 1 D. de itinere und fr. 1 § 9, 10, 19 D. de aqua nicht unerheblich an Wahrscheinlichkeit gewonnen zu haben.

Außer Zweifel ist m. E., daß die von mir als unecht zur Auswerfung empfohlenen Stellen nicht von Ulpian herrühren. Ebenso sicher ist es, daß wir es dabei mit keinen emblemata Triboniani zu thun haben; denn diese Stellen enthalten ein auch für die Kompilatoren viel zu schlechtes Latein und tragen auch sonst nicht das Gepräge der justinianischen Diktion. Auch müßte es auf-

fallen, daß sich von den in diesen Stellen enthaltenen Abänderungen des Rechts weder im Codex noch in den Novellen auch nur die geringste Spur findet. Justinian hätte doch sicher nicht unterlassen, der Welt davon Kenntnis zu geben, daß diese einschneidenden Veränderungen von ihm herrühren. Die andere Möglichkeit, daß die Kompilatoren diese Glosseme unbesehen in den Gesetzestext der Digesten aufgenommen haben, ist höchst unwahrscheinlich. Die Kompilatoren wären auf diese Textverfälschungen sicher aufmerksam geworden; auch mußte ihnen doch gewiß klar werden, daß mit dem Erfordernis der 30tägigen Ausübung die Anwendbarkeit des interdictum de itinere actuque privato auf ein Minimum reduziert würde und daß durch das Erfordernis der bona fides bei dem interdictum de aqua ein ganz fremdes und unnatürliches Element in den Besitzprozeß hereinkäme, das zudem eine heillose Verquickung der Rechts- und Besitzfrage nach sich zöge und in seinen Konsequenzen auch in das System der Servitutenersitzung Bresche legen müßte. Man mag von den Kenntnissen und dem Scharfsinn der Kompilatoren eine noch so geringe Meinung haben: — so sehr waren sie doch nicht „von allen guten Geistern verlassen“, daß sie diese groben Textverfälschungen nicht sollten entdeckt und ausgemerzt haben.

Sonach bliebe bloß die Möglichkeit übrig, daß die von mir als unecht ausgeworfenen Stellen erst nach der Promulgation der Digesten in den Gesetzestext hineingekommen sind.

Hinsichtlich des fr. 1 § 2 D. de itinere glaube ich übrigens die Vermutung aussprechen zu dürfen, daß die Worte: „vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus“ von dem Glossator aus Novelle XVII cap. VI (von Justinian aus dem Jahre 536 n. Chr. also nach der Promulgation der Digesten) in den tit. de itinere actuque privato D. 43, 19 herübergenommen sind.

Die Novellenstelle lautet:

Ἀλλὰ μηδὲ τούτους δὴ τοὺς καλουμένους λόγους προχείρως διδόναι σπεύδειν ἢ ἐπὶ πλείονα χρόνον, ἀλλὰ καὶ μετ᾽ ἐξετάσεως καὶ ἐν χρόνῳ συμμέτρῳ καὶ οὐχ ὑπερβαίνοντι τριάκοντα προθεσ-

Sed neque haec, quae dicuntur verba (id est iusiurandum) prompte dare festines aut amplius tempus, sed et cum examinatione (et) in tempore mediocri et non transcendente triginta

μίαν ἡμερῶν, ὥστε μὴ ἐντεῦθεν, ἀπεράντους εἶναι τοῖς ἀνθρώποις τὰς πρὸς ἑαυτοὺς φιλονεικίας.	dierum indutiat, ias ne ex hoc infinitae sint hominibus ad invicem contentiones.

In dieser Stelle ist zwar nicht von dem interdictum de itinere actuque privato die Rede, sondern von dem durch den Vorsteher der Provinz zu erteilenden freien Geleite. Wie es scheint, ist der Glossator bei dem interdictum de itinere auf ähnliche Gedanken gekommen wie Heerwart, Puchta und Keller (oben S. 6 bis 9), daß nämlich bei dem Erfordernis nur einmaliger fehlerfreier Ausübung des Wegerechts im letzten Jahre der Eigentümer des angeblich herrschenden Grundstücks gar zu leicht den Interdiktenschutz erwerben könnte, daß es daher gut wäre, eine etwas längere Benutzungszeit zu statuieren. Durch eine seltsame Ideenassoziation und vielleicht verleitet durch die, wenn auch nur ganz entfernte Aehnlichkeit zwischen iter und salvus conductus scheint nun der Glossator dazu gekommen zu sein, auch beim interdictum de itinere ein modicum tempus triginta dierum zu statuieren und die Novellenstelle zu seinen Glossemen zu verwerten.

Volle Sicherheit darüber, daß die überaus zahlreichen Glosseme erst nach der Promulgation der Digesten in den Gesetzestext hineinkamen, wird aber erst dadurch geschaffen werden, daß es einem Forscher gelingt, einen unzweifelhaften Archetypus nachzuweisen. Amann hat in seiner Lex Gallus einen sehr beachtenswerten Anfang in dieser Richtung gemacht uud uns jedenfalls die richtige Methode der Auffindung und des Beweises gezeigt. Amann vermutet, daß in fr. 29 D. 28, 2 der § 7 ursprünglich zwischen § 14 und 15 gestanden habe (S. 178 ff. l. cit.), und folgert hieraus unter Zugrundlegung der von ihm vorgenommenen Emendationen, daß der Urtext der Digesten vom Anfang des § 8 bis Ende des § 14 annähernd so viele Buchstaben enthalten habe, als nach den Angaben Justinians ursprünglich auf einer Kolumne des Urtextes gestanden haben[1]).

1) Die Florentina zählt durchschnittlich 32 Buchstaben in der Zeile und 44—45 Zeilen, also 1408 bis 1440 Buchstaben auf jeder der beiden Kolumnen. Näheres über den Archetypus der Digesten siehe bei Amann, Grundsätze der Pandektenkritik S. 180—187 vgl. auch auch das Faksimile

Auch ich nehme eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür an, daß es Amann gelungen ist, einen wahren Archetypus aufzufinden; indessen ist die Möglichkeit, daß der § 7 nicht zwischen § 14 und 15, sondern am Schlusse des fr. 29 gestanden habe, doch nicht ganz abzuweisen.

Im übrigen steht ja wohl zu hoffen, daß über kurz oder lang einem Forscher der Nachweis gelingen wird, daß im Urtext der Digesten ein, am Rande einer Kolumne ergänzter Satz durch Versehen des Abschreibers in gleicher Höhe in die zweite Kolumne versetzt wurde und daß nach sorgfältiger Emendierung der dazwischen liegenden Kolumne ca. 1408—1440 Buchstaben, also die Zahl der im Urtext auf einer Kolumne gestandenen Buchstaben herauskommen.

Indessen hat die Frage, ob die Glosseme schon in den von den Kompilatoren benützten Manuskripten gestanden haben, ob dieselben den Kompilatoren zur Last fallen, oder ob sie erst nach der Promulgation der Digesten in den Gesetzestext hineingekommen sind, nur mehr eine theoretische Bedeutung, nachdem durch das neue bürgerliche Gesetzbuch das justinianische Recht mit dem 1. Januar 1900 seine Gesetzeskraft als gemeines Recht Deutschlands verloren haben wird. Allein das wissenschaftliche Interesse an der Wiederherstellung des ursprünglichen Textes der Digestenfragmente besteht in unverminderter Stärke fort und man darf sich der frohen Hoffnung hingeben, daß es im Laufe der Zeit auch wirklich gelingen werde, einen im Großen und Ganzen von allen unechten Bestandteilen gereinigten Digestentext herzustellen. Alsdann werden die Digesten noch in weit höherem Grade als bisher sich darstellen als „Muster und Schule des juristischen Denkens und Schaffens"!

---

des Florentinus t. 1 f. 327 = Dig. XXIII, 3 fr. 9 § 1 — fr. 10 § 6 in der großen Mommsen'schen Pandektenausgabe Vol. II Beil. 2, wo veranschaulicht ist, wie ein beim Abschreiben ausgelassener Satz im Spatium der Kolumne ergänzt wurde.